

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU BAIL D'ANIMAUX

Etude sur les contrats
ayant pour base l'obligation de rendre

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 29 Mai 1908, à 2 h. 1/2

PAR

Louis BOYELDIEU

Licencié ès Sciences

Président : M. WEISS, professeur

Suffragants { *MM. WAHL, agrégé*
HITIER, agrégé

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU BAIL D'ANIMAUX

Etude sur les contrats
ayant pour base l'obligation de rendre

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 29 Mai 1908, à 2 h. 1/2

PAR

Louis BOYELDIEU

Licencié ès Sciences

Président : M. WEISS, professeur

Suffragants { MM. WAHL, agrégé
 HITIER, agrégé

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

1908



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ERRATA

- P. 25 - L. 12 - Au lieu de *si*, lire *ni*.
- P. 57 - L. 2 - Au lieu de *de jurisconsultes d'une époque avancée*, lire *d'Ulprien, c'est-à-dire d'un jurisconsulte d'une époque avancée*.
- P. 120 - Dernière l. - Il devrait y avoir un *heth* et non un *hè*.
- P. 124 et 125 - Il y a interversion des mots *nèschèk* et *nèschèr*.
- P. 159 et 160 - Au lieu de *le rabbin* lire *rab*.
- P. 178 - L. 18 - Lire *contre lui seulement* et non *contre son maître*.
- P. 211 - L. 24 - Au lieu de *passées*, lire *été portées*.
- P. 223 - L. 13 - Au lieu de *paysages*, lire *passages*.
- P. 253 - L. 9 - Au lieu de *Geogisch*, lire *Georgisch*.
- P. 338 - L. 8 - Au lieu de *bétail*, lire *bail*.
- P. 341 - L. 2 - Au lieu de *caballis*, lire *caballae*.
- P. 427 - L. 21 - Au lieu de *était*, lire *étant*.
- P. 428 - L. 2 - Au lieu de *s'adonner*, lire *se livrer*.
- P. 428 - L. 17 - Au lieu de *antibiblique*, lire *antébiblique*.
- P. 431 - L. 19 - C'est à cet endroit que se rapporte la rectification indiquée pour la page 433 - russe *roste* paraît aussi dans le même cas.
- P. 433 - L. 8 - Au lieu de *six*, lire *sept*.
- P. 443 - L. 18 - Au lieu de *doit-on*, lire *dut-on*.
- P. 443 - L. 24 - Au lieu de *production*, lire *productive*.
- P. 444 - L. 5 - Au lieu de *en définition*, lire *en définitive*.
- P. 444 - L. 26 - Au lieu de *opposée de*, lire *opposée à*.
- P. 447 - L. 14 - Au lieu de *61*, lire *16*.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

RECTIFICATIONS

Page 26, ligne 22, au lieu de « Paris », lire « paix ».

Page 48, note. A partir de Uhlenbeck, *suppr.* tout ce qui suit. Du reste l'opinion de M. Bréal est admise bien moins généralement que je ne le pensais. Par contre les étymologistes allemands, Kluge, Fick, Uhlenbeck rapprochent got. *leihwan*, vn. *lja*, ags. *léon*, vha *lihan* de lat. *linquere*, gr. *λειπω*. Je pense que la parenté se ferait mieux avec *lex* (bail *lato sensu*) par des formes telles que isl. *leiga*, v. suéd. *lagh* ; cf. slaxon *lichwa*.

Page 111, ligne 16, lire : « Der Wucher im Talmud... »

Page 124, ligne 2. « Sont-ils de la même famille. » — Id, ligne avant-dernière, remplacer « amer » par « armer ».

Page 239. L'ordre des notes est interverti.

Page 269, ligne 1, lire « issaorathuib » en un seul mot.

Page 269, ligne 24, lire « iarmota » au lieu de « iormota ».

Page 304, ligne 8, lire « bunuidh » au lieu de « bunuid ».

Page 321, ligne 4, lire « dicitur » en un seul mot ; « omnino » au lieu « d'omino ».

Page 345, ligne 7, au lieu de « troupeau », lire « pâtre » (de vaches). Ajouter : « balivarda : a bull or ox, dit *Skr. Dict.* de Monier Williams (Leumann et Cappeller). — Uhlenbeck. *Kz. E. W. Aind. Spr.* dit : dunkeler bildungsweise und etymologie, il me semble toutefois qu'un peut dériver balivarda de *bali-varidha* = what gives the prosperity (increase) of the food-rents.

Page 346, note. Après « Fustel de Coulanges », ajouter : « *Questions historiques* », p. 104. — Cf. Garofalo. *Questioni di Diritto celtico. Revue celtique*, 1903, p. 417.

Page 384. A la fin du premier alinéa, ajouter : « Le dé lai

est de 2 ans dans une norchon de moutons (norchon : cheptel, *nutricatio*) de 1388 à Weppes (Flandre française). Bouton. Le cheptel au xiv^e siècle. *Rev. agricole industr. et litt. du Nord*, t. XI, p. 334. (Le risque y est supporté par moitié.)

Page 390. En vérifiant la bibliographie de d'Argaignon, je relève pour le *Traité* de M. Baudry-Lacantinerie, *Louage*, qu'il a été fait en collaboration avec M. Wahl. Le titre exact est Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Traité, etc.* Ceci a un certain intérêt ; car cet ouvrage est le représentant le plus autorisé de la théorie de la société dans le cheptel. Point curieux, MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl admettent, t. II, n^o 1436 que le métayage est un louage de choses et cela pour des arguments qui peuvent *tous* aussi bien servir en ce qui concerne le cheptel.

Page 416, note. — V. Fenet, t. V, p. 521.

Page 433. Comme argument linguistique ajouter *oucher*.

Du Bail d'Animaux

Etude sur les contrats ayant pour base
l'obligation de rendre

LE BAIL EN GÉNÉRAL

Nous dirons d'abord que le mot bail qui se trouve dans notre titre n'est pas pris ici dans son acception courante. Quand d'habitude on parle aujourd'hui de bail sans rien ajouter, on entend désigner par là un louage de choses. Le sens que nous lui donnons est beaucoup plus large. Nous y comprendrons par là tout contrat dans lequel une personne remet, confie une chose, dans le cas que nous étudierons spécialement un ou plusieurs animaux, à une autre personne à charge par celle-ci de les rendre au bout du temps convenu. Comme nous l'indiquons dans notre sous-titre le caractère commun de tous ces contrats c'est qu'ils sont basés sur l'obligation de rendre.

On pourra ne pas trouver l'emploi de ce terme très satisfaisant pour l'acception que nous voulons lui faire prendre. Mais d'une part le mot bail n'est pas un terme technique dans la langue du droit ; la pratique lui donne le sens de louage, mais les textes ne le disent pas. Autrefois on se servait de l'expression bail à rente pour désigner un contrat qui n'avait rien de commun avec le louage ; de même maintenant on parle encore de bail à nourriture et on peut faire la même remarque. Si nous examinons maintenant le mot bailler dans Beaumanoir : *les Coutumes de Beauvaisis*, nous voyons qu'il est toujours employé dans le sens de livrer avec obligation de restitution : ainsi chapitre 38, § 1. « Il a diference en plusors cas entre les cozes qui sunt bailliés par loier et celes qui sunt bailliés en garde ou por prest. » De même à l'article 1923 de ces mêmes *Coutumes* nous trouvons dans le même sens « fourment baillié » ; article 1924 « denrées baillies. » Et d'ailleurs quel titre aurions-nous choisi ? (1) Nous voulions absolument quelque chose de court et de frappant. Que pouvions-nous prendre ? Dans le droit romain et chez nos auteurs de droit civil français on chercherait vainement un terme qui puisse

1. Les Anglais appellent *bailment* tout contrat portant obligation de restituer et non translatif de propriété. — V. Lehr. *Droit civil Anglais*, p. 613.

s'appliquer. Etudiant le droit égyptien et le droit chaldéen M. Révillout a employé le mot : confiement. Pendant un moment cette expression nous a séduit. Cependant c'est un néologisme, et il y a toujours un certain inconvénient à se servir de tels mots ; et surtout il fallait donner au mot confiement un sens beaucoup plus étendu que ce savant ne lui attribuait ; en effet Révillout n'entendait par là que le dépôt, le commodat et le mutuum sans intérêts. De plus l'idée qu'éveille d'abord le mot « confiement » est celle de dépôt. Or le contrat le plus important pour nous était le louage. Pour toutes ces raisons nous avons rejeté l'emploi de cette expression. Chez Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1906, 2^e vol, 1^{re} partie, p. 10, on trouve un terme qui ne laisse pas que d'être séduisant. C'est celui de : *Gebrauchsüberlassungsgeschäft*. Mais il ne saurait être rendu en français qu'à l'aide de toute une périphrase. De plus cette expression si compréhensive qu'elle paraisse laisse en dehors le dépôt (qui est traité séparément sous la rubrique des Contrats de garde à titre onéreux et gratuit) et le gage (qui n'est pas considéré comme contrat, mais comme un Anspruch et comme tel rangé dans la section des Sicherungsansprüche. Or nous ne voulions pas laisser le dépôt et le gage à la porte de l'arche. Que le gage doive être considéré comme un contrat ou comme une modalité cela peut avoir son importance

et même sa raison d'être en pure théorie du droit ; mais il est certain qu'au point de vue historique, qui était capital pour nous, le gage ne peut être considéré que comme un contrat, tout spécialement quand il se présente sous la forme de l'antichrèse.

Donnons maintenant d'après la nomenclature ordinaire la liste des contrats dont nous nous occuperons ; ce sont :

1° Le louage ;

2° Le cheptel avec, outre la variété type : cheptel simple, deux autres qui sont le cheptel à moitié et le cheptel du métayer ;

3° Le cheptel de fer (par cheptel de fer nous n'entendrons pas comme art. 1821 du C. civ. le cheptel donné au fermier, mais le contrat par lequel un individu remet du bétail à un autre avec conditions : 1° que celui-ci supportera la totalité des risques ; 2° que le bailleur en recevra une rémunération directe ou masquée ;

4° Le commodat ;

5° Le gage ordinaire ou vif gage ;

6° L'antichrèse ou mort gage ;

7° Le dépôt ;

8° L'entreprise (*pro parte*, quand le propriétaire d'une chose la remet à une autre personne pour que celle-ci la façonne et la rende ensuite) ;

9° Le mutuum ou prêt de consommation qui se

rapproche tantôt du louage, tantôt du commodat, suivant qu'il est ou non productif d'intérêts, mais qui en diffère essentiellement en ce que, contrairement aux contrats précédents, il y a transfert non seulement de détention, mais aussi de propriété ;

10° La commandite qui se rapproche de même du cheptel, mais qui en diffère pour la même raison, d'une manière bien plus frappante encore, que le mutuum du commodat et du louage.

Si, quittant le point de vue historique, nous nous placions dans le domaine de la théorie pure ou même simplement dans celui de la pratique moderne, particulièrement en Allemagne et en Italie, nous trouverions qu'à chacun des contrats numérotés ici 1 à 7 et qui ne sont pas translatifs de propriété en correspondent d'autres qui n'en diffèrent que par ce caractère ; il en est ainsi notamment pour le dépôt ; du reste le dépôt irrégulier était déjà connu des Romains. Il en est de même pour le gage irrégulier, qui n'existe pas en France (1), mais qui est fréquent en Allemagne et en Italie.

Une autre différence semble séparer les divers contrats que nous avons énumérés ; il y a parmi eux (et surtout il y a eu) des contrats formels, réels, consensuels. D'autre part, le plus grand nombre d'entre eux

1. Tout au moins qui n'est pas organisé par le Code civil, car ce qu'on appelle le cautionnement en argent n'est qu'un gage irrégulier.

sont bilatéraux, quelques-uns sont au contraire unilatéraux. Quelle est l'importance de ces distinctions? Au point de vue de la théorie pure, comme au point de vue historique cette importance paraît assez faible.

D'abord un premier point qui est trop clair pour que nous y insistions, c'est que la présence ou l'absence de formalités n'a d'importance qu'au point de vue de la validité de la formation du contrat, et n'en a aucune sur la nature et l'essence de la convention. Le surplus de la question est plus délicat, et pour bien l'examiner il ne sera pas inutile de remonter aux principes fondamentaux de la théorie des contrats.

« Un contrat, dit M. Boistel dans son livre intitulé : *Philosophie du droit*, tome I, page 415, est l'accord de deux ou plusieurs volontés pour produire un effet juridique. » — J'ajouterai pour être complet qu'il faut que cet accord soit intervenu suivant les formes nécessaires.

Cette définition, à la différence d'un grand nombre d'autres ne base point la théorie du contrat sur celle de l'obligation; elle a parfaitement raison si se détachant des textes concrets de notre Code civil on peut examiner la question d'une manière plus large.

Prenons en effet à titre d'exemple pour l'étudier un contrat à titre onéreux; et parmi eux le plus simple à savoir la vente. Le contrat a pour cause

deux prestations réciproques : d'un côté la propriété d'une chose avec tous les avantages qui découlent de cette propriété ; de l'autre la propriété d'une somme d'argent également avec tous les avantages qui y sont attachés. Ces prestations peuvent avoir lieu au moment de la formation du contrat ou bien n'avoir lieu qu'après. Dans le second cas il naîtra au profit de chaque partie et contre l'autre une obligation tendant à l'exécution de cette prestation ; mais dans le premier il n'en naîtra pas. Je sais bien qu'on répond d'ordinaire qu'il naît alors une obligation qui ne dure qu'un instant de raison ; c'est là une pure subtilité que nous rejetons. Du reste même pour un mathématicien l'infiniment petit est égal à 0 ; il serait étrange que le jurisconsulte vienne prétendre à une soi-disant exactitude plus grande, surtout pour venir soutenir la réalité d'un effet juridique qui disparaît dans l'instant même où il est censé se montrer.

De cette considération voici les résultats que nous retirerons en ce qui concerne les contrats qui doivent nous intéresser. Le louage est considéré comme un contrat synallagmatique ; le commodat comme un contrat unilatéral. Nous ne nous préoccupons à aucun degré de cette distinction et pour nous le commodat sera tout simplement un louage sans loyer, et inversement pour le louage.

(Peut-être ferai-je bien de donner ici quelques

explications sur la manière générale dont je compte traiter mon sujet. Dans les comptes rendus d'ouvrages on voit souvent en signe d'éloge la phrase suivante « M. X..., pour expliquer cette institution n'a pas senti la nécessité de remonter aux origines de l'humanité. » C'est un compliment qu'on ne nous fera point. Le bail d'animaux est apparu de très bonne heure et à une époque préhistorique. J'ai voulu d'abord chercher d'où il provenait ; c'est, à mon avis, du traité de paix ; il me fallait alors indiquer au moins sommairement les caractères de ce dernier contrat. Comme le bail d'animaux dans sa forme préhistorique n'était pas susceptible d'une étude directe, j'ai dû aussi étudier les contrats qui en sont dérivés et qui sont ceux compris dans le concept de bail tel que je viens de l'expliquer plus haut. A ce point de vue j'ai porté mon attention notamment sur deux questions : celle de la responsabilité et celle du taux de l'intérêt. Reprenant ensuite les résultats acquis j'ai tenté dans un dernier chapitre une théorie du bail d'animaux primitif. Toutefois si je me suis occupé spécialement de la forme préhistorique du bail d'animaux, je n'ai pas entendu exclure d'une manière absolue les points intéressants ou peu étudiés relatifs à des états plus avancés de ce contrat.)

LE TRAITÉ DE PAIX

Lorsque l'homme commença à être différencié comme espèce zoologiquement distincte, il n'était au point de vue intellectuel que peu supérieur aux autres primates. Il possédait toutefois un certain nombre de caractères anatomiques dont chacun pris isolément ne présentait rien d'extraordinaire, mais dont la combinaison devait avoir pour résultat de le rendre immensément supérieur aux autres animaux. Si nous prenons l'homme à ce stade que nous pouvons appeler le stade 1, voici ce qui est son genre de vie : Pas de vêtements naturellement ; une nourriture assez semblable à celle des autres grands primates actuels, c'est-à-dire surtout des fruits et des œufs d'oiseaux, ce trait est nécessité par sa dentition ; naturellement pas d'habitation à proprement parler. Pour armes des pierres et des bâtons.

Peu à peu, pour des raisons que l'on ne connaîtra pas de longtemps, le goût de la nourriture carnée, très faible à la bonne époque du stade 1, se développe d'une manière continue. Les armes se perfection-

ment ; c'est alors l'âge de pierre qui apparaît. Nous l'appellerons le stade 2. L'habitation est un terrier dans une montagne ou une forêt. La nourriture devient exclusivement carnivore. En réalité, vraisemblablement ce ne dut être relativement qu'un petit nombre de familles qui passèrent ainsi du stade 1 au stade 2, mais les hommes du 2 étant mieux armés pour l'existence chassèrent ou détruisirent les hommes du stade 1. Un fait véritablement remarquable c'est l'apparition du goût pour la chair humaine ; c'est tout à fait caractéristique de cette époque, peu nous importe du reste qu'on le considère comme le développement normal du goût pour la viande en général ou comme une perversion morbide. Ces conditions d'existence, chasse, guerre, rendaient la vie plus difficile et nécessitèrent bientôt des moyens de se faire comprendre d'homme à homme plus parfaits que ceux jusqu'alors usités. Le langage va se créer ; inconnu au début du stade 2, il est formé à la fin de cette période. D'autre part, l'aire de dispersion de l'homme s'étend sans cesse et finira par gagner pour ainsi dire tous les points de la terre.

C'est à une époque avancée du stade 2 que se place la découverte du feu. Il semble que le premier et même pendant fort longtemps le seul effet de cette découverte fut la naissance chez l'homme de l'idée religieuse ; il est probable qu'auparavant il n'avait aucune idée d'êtres surnaturels et qu'à partir de ce

moment il pensa qu'il existait un être d'une grande puissance, qui notamment pouvait produire la foudre à sa volonté. Il en résulte que la première forme de l'adoration de la divinité a dû être le monothéisme. Puis peu à peu d'autres dieux viennent s'ajouter ; l'idée religieuse s'aiguille alors dans des directions variées, notamment dans des conditions encore aujourd'hui non complètement connues vers le totémisme ; d'autres peuples au contraire ne présentent pas de vestiges de cette dernière croyance.

Dans tous les cas, c'est à peu près vers cette époque que nous placerons les débuts du droit. — Pour débayer le terrain rappelons cette vérité aujourd'hui devenue banale que les distinctions entre droit privé et droit public, droit civil et droit pénal n'existaient pas à l'origine, et que sur ce point tout provient d'un tronc commun.

Le droit primitif est un droit purement contractuel et remarquons que la chose est évidente a priori. Toute obligation dérive d'un contrat ou de la loi (1). Cette idée de loi suppose nécessairement celle d'une autorité supérieure ; comme celle-ci n'existait pas l'obligation était par là même forcément de nature contractuelle. Mais quel a été le premier contrat ? Disons tout de suite notre opinion, nous essaierons de la justifier ensuite. C'est le traité de paix. Voici

1 Cf. Planiol. *Droit civil*, t. II. 4^e édit., p. 254, n^o 807.

l'espèce. Deux tribus voisines se sont cherché querelle. On en est venu aux mains. L'un des deux partis se trouve en état d'infériorité. Il demande grâce, et en échange offre une indemnité composée d'un certain nombre d'individus humains. Le vainqueur se rendant compte, d'une part, de sa supériorité et, d'autre part, du fait que s'il veut exterminer le vaincu il aura à subir encore des pertes sérieuses, accepte les conditions qui lui sont offertes. Les individus formant l'indemnité sont alors livrés au vainqueur, emmenés par lui et ensuite mangés également par lui. L'opération juridique est terminée.

Au bout d'un certain temps ce contrat se perfectionna. On dut remarquer que lorsque le vainqueur avait une écrasante supériorité sur le vaincu, il concluait en réalité un marché de dupe. En effet s'il exterminait complètement le parti vaincu il pouvait en manger tous les membres et même ensuite le domaine de chasse des vaincus se trouvant vacant, s'en emparer. Le vaincu devait donc offrir de plus grands avantages ; le moyen imaginé consista en ce que le vaincu au lieu de payer immédiatement une indemnité unique, s'engagea à fournir à époques fixes une certaine quantité d'hommes pour l'amélioration de la nourriture ordinaire du vainqueur. Voilà notre opinion ; il s'agit maintenant de l'étayer.

Nous commencerons par nous servir d'une vieille légende grecque très connue ; celle du Minotaure.

L'importance des légendes est admise aujourd'hui d'une manière si ferme et si générale que nous n'insistons pas sur l'utilité qu'on peut retirer de leur étude (1).

On connaît la légende du Minotaure : un monstre à tête de taureau qui habite une sombre forêt, le Labyrinthe, oblige les habitants de la partie découverte (Grecs dans la légende) à lui livrer chaque année un tribut de sept garçons et sept filles qui lui servent de nourriture. Dans la légende le Minotaure est un être unique. Faut-il penser qu'il y a là un phénomène de simplification et que, à l'origine, il s'agissait en réalité d'une peuplade entière ? C'est plutôt, croyons-nous, un fait d'évhémérisme. La présence des cornes sur la tête du Minotaure est un signe pour ainsi dire certain qu'il provient d'une divinité. Au surplus ce n'est là qu'une question sans importance pour le problème dont nous nous occupons en ce moment. Ce qu'il importe uniquement de remarquer c'est que débarrassée de ses accessoires inutiles la légende du Minotaure est un exemple parfait du type de contrat que nous avons décrit plus haut. Cette convention nous appa-

1. Pour l'étude du droit en particulier les auteurs français qui ont le plus utilisé cette découverte moderne sont MM. Esmein, d'Arbois de Jubainville, Dareste. Voir un résumé bien fait et substantiel dans Esmein. Coutume primitive dans un conte populaire. *N. R. hist.*, 1900, 5.

rait en Grèce comme une exception ; mais nous disons qu'à une époque plus primitive elle a été d'une application générale. Il est admis aujourd'hui pour ainsi dire unanimement que les sacrifices humains ont été pratiqués dans tous les pays qu'on a pu étudier convenablement. Il est, d'autre part, admis que cette forme de sacrifices est la plus ancienne. Peu à peu elle a été remplacée par des sacrifices d'animaux dans la plupart des pays, dans d'autres comme au Japon elle l'a été immédiatement par des offrandes de nature végétale. Dans tous les cas, c'est là une des preuves que le sacrifice humain était antérieur. D'un autre côté on sait que l'on croyait que le dieu auquel on offrait le sacrifice le mangeait (1). Or il est un autre fait également reconnu c'est qu'on ne prête à la divinité que des sentiments qu'on éprouve soi-même ; l'anthropomorphisme est peut-être encore plus complet au point de vue moral qu'au point de vue physique. Suivant le mot toujours cité de Voltaire, si Dieu a créé l'homme à son image, l'homme le lui a bien rendu. De la combinaison de ces trois idées aussi certaines l'une que l'autre on tire directement la conclusion suivante. Le sacrifice est un traité de paix conclu entre l'homme et le dieu. L'homme fournit à la divinité des

1. Ihering (*Indo-Européens*, p. 55) se demande à ce propos d'où peut venir cette idée qu'il reconnaît très générale.

individus pour qu'elle les mange, et satisfaite laisse tout simplement l'homme tranquille. Cette idée suppose donc celle de sentiments naturels de méchanceté du dieu pour l'homme et cette dernière idée si peu en rapport avec la notion que les peuples plus avancés se font de la Providence mérite de nous arrêter; car si elle se vérifie toute notre théorie en recevra un nouveau et solide appui. Une première trace de cette idée de la méchanceté divine primitive se rencontre dans le mythe de Prométhée. Quand Zeus apprend que Prométhée a fait connaître le feu aux hommes, il n'éprouve que colère et jalousie. Au reste Zeus, le dieu suprême, est le dieu de la foudre; ce n'est pas là un emblème de bonté et de douceur. Comme données plus précises invoquons le caractère primitif du culte des ancêtres. Ce culte est à mon avis d'origine un peu plus récente; mais il porte encore fortement l'empreinte ancienne. Comme l'a fort bien montré Ihering (1) ce culte a pour base non pas du tout l'affection pour le mort, mais la peur. Les morts dans les légendes primitives tant grecques que germaniques nous apparaissent toujours comme animés de mauvais sentiments à l'égard des vivants. On leur offre des sacrifices pour les apaiser. Cette méchanceté, il faut insister sur ce point, n'est pas voulue, elle est inconsciente. Si l'homme a fait le

1. Ihering. *Indo-Européens*, p. 56.

dieu méchant, c'est parce qu'il l'était lui-même, sans le savoir. Mais peut-être nulle part l'idée primordiale de la méchanceté divine n'a reçu un épanouissement aussi complet et aussi net que dans la mythologie aztèque (1). Tezcatlipoca, le dieu soleil, est de sa nature animé des pires sentiments vis-à-vis des êtres humains ; aussi ce qu'on lui demande ce n'est pas de faire du bien, c'est simplement de ne pas faire du mal. C'est aux petits dieux secondaires (d'origine récente) qu'on demande de faire du bien.

Ainsi se trouve vérifiée cette dernière idée et par suite nous considérerons le sacrifice comme étant certainement un traité de paix avec la divinité. Si ce sacrifice a un caractère aussi universel c'est que le modèle : traité de paix entre hommes était également pratiqué d'une manière universelle.

Nous pouvons noter que les mots latins : *victima* (de *vincere* vaincre), *hostia* (de *hostis*), constituent des vestiges du contrat. Les victimes sont le prix de la victoire, l'indemnité de guerre à payer au vainqueur, dans ce cas particulier à une divinité. On peut noter également que suivant le rapport des voyageurs certaines féodalités polynésiennes paraissent

1. Raynaud. *L'implacable Providence dans l'Ancien Mexique*. (Le titre choisi par l'auteur a précisément pour but de montrer cette méchanceté de la Providence mexicaine.) — Consulter aussi Sahagun. *Histoire de la Nouvelle-Espagne*.

sent basées sur notre traité de paix. Moyennant la livraison périodique d'une certaine quantité de bétail humain la tribu chef protège les tribus qui lui fournissent cette redevance. A chaque grand contrat semble ainsi correspondre un type de féodalité, l'une basée sur le traité de paix ; la deuxième sur le bail d'animaux ; la troisième sur la concession de terres.

Remarquons un trait bien observé dans la légende du Minotaure. Celui-ci habite une forêt profonde, tandis que les Grecs habitent la partie découverte. C'est qu'en effet les anthropophages cavernicoles sont pour tout un ensemble de raisons obligés d'habiter la forêt et la montagne, tandis que les pasteurs chercheront les plaines découvertes (1).

Comparons maintenant au point de vue de l'ancienneté le traité de paix avec deux contrats également très primitifs : l'échange et le traité d'alliance. Ici la part de l'hypothèse devient plus grande ; le terrain n'est plus aussi solide qu'il l'avait été jusqu'ici. Nous croyons cependant que ces deux autres contrats n'ont pu acquérir une importance appréciable que postérieurement, particulièrement en ce qui concerne l'échange. D'abord si les documents qu'on trouve sur le traité de paix à l'époque cavernicole sont d'une abondance des plus satisfaisantes, en ce

1. Le même fait se retrouve dans les autres exemples analogues. V. notamment Esmein, *N. R. hist.*, 1901, p. 129.

qui concerne par contre l'échange et le traité d'alliance nous n'avons en fait rien trouvé. L'échange ne répondait pas à un besoin économique bien considérable. La richesse de chaque tribu consistait dans les mêmes objets, armes et gibier, peu propres d'ailleurs de leur nature à être échangés. La seule utilité de l'échange pouvait être celui de choses utiles comme du gibier contre des bijoux ; mais la portée d'un tel contrat ne pouvait être que bien restreinte. D'un autre côté le faciès de l'échange est beaucoup plus avancé que celui du traité de paix ; le premier de ces deux contrats paraît bien peu fait pour intervenir entre des hommes animés à l'égard des uns des autres, des sentiments que nous venons d'observer, toujours prêts à s'attaquer par n'importe quel moyen et ne se considérant guère réciproquement que comme une sorte de gibier nuisible et dangereuse. Le traité d'alliance bien que correspondant à un besoin plus réel ne devait pas non plus être très pratiqué ; au moins pendant longtemps. (Nous ne considérons pas comme tel le lien qui unit les membres d'une même tribu entre eux. Il n'y a pas là de contrat à proprement parler.) L'homme à cette époque se suffit pour se défendre contre les animaux ; mais un traité d'alliance pouvait avoir son utilité entre deux tribus contre une autre tribu voisine des deux premières et plus puissante. En tout cas un tel traité d'alliance suppose lui-même le traité de paix pratiqué d'une façon beaucoup plus générale.

Voyons maintenant un peu plus en détail les caractères du traité de paix. Un premier point qui est très curieux et qui a pour nous son intérêt, c'est que les individus fournis en tribut pour être mangés nous sont toujours représentés comme jeunes. Dans la légende du Minotaure ce sont sept jeunes filles et sept jeunes garçons. On trouvera de nombreux autres exemples chez Antonius Liberalis et d'autres encore rapportés dans Esmein : Les coutumes primitives dans les écrits des mythologues grecs et romains. *Nouvelle revue historique*, 1901, page 129 (dans l'excellente étude de M. Esmein on trouvera aussi une indication sur l'idée primitive de la méchanceté divine). De même pour l'ancien Mexique on pourra consulter Raynaud (*op. cit.*, p. 23).

De même encore en Egypte la fiancée du Nil était une belle jeune fille ; sans doute le mythe ici s'est adouci et idyllisé ; le Nil ne dévore pas la jeune fille, il l'épouse. En réalité le fait matériel c'est qu'il l'engloutit, ce qui est bien plus voisin de l'idée de dévorer une victime que de celle d'un mariage. De même chez les Sémites nous voyons le sacrifice des premiers nés. On peut relever, à mon avis, bien qu'il n'y ait plus ici le caractère d'un tribut régulier, l'histoire d'Abraham et d'Isaac ; dans les mêmes conditions que ce dernier cas on pourrait relever en Grèce le sacrifice d'Iphigénie. Etant ainsi démontré que le dieu veut manger des individus jeunes, quelle raison

y a-t-il ? Pour nous c'est la plus simple de toutes, c'est la raison gastronomique. On peut être tenté au premier abord de croire que c'est là un détail destiné à rendre l'histoire plus touchante. Cette raison pourrait être à la rigueur invoquée en ce qui concerne les Grecs et les Hébreux ; mais au Mexique le sentiment populaire ne réprouvait pas les sacrifices humains ; cette dernière raison ne saurait donc être soutenue pour ce dernier pays. Sans doute les Aztèques donnent un autre motif. Le dieu soleil est considéré en effet comme le dieu de la jeunesse ; il préfère alors qu'on lui serve des individus jeunes. Outre que c'est peut-être un singulier moyen d'aimer la jeunesse que de la manger il n'en reste pas moins ce fait que nous trouvons le même détail dans les mêmes circonstances chez les peuples les plus divers et que la raison ne peut être que la même pour tous. Or il n'est pas d'autre cause qui puisse être admise pour l'ensemble de ces données si ce n'est celle que nous indiquions en commençant.

Un second caractère également du tribut à redevance périodique, c'est qu'il est annuel. Les sources de renseignements sont à peu près les mêmes que pour le premier caractère ; nous y ajouterons comme très curieuse la légende celtique des Fomôré (1).

1. D'Arbois de Jubainville. *Littérature celtique*, t. II, p. 101.

Suivant cette légende, les Fomôré qui nous apparaissent comme une tribu entière ayant deux rois à sa tête avaient exigé un tribut de paix composé de $\frac{2}{3}$ des enfants, $\frac{2}{3}$ du blé, $\frac{2}{3}$ du lait de chaque année. La perception s'en opérait le 1^{er} novembre.

Nous avons fini avec le traité de paix.

Un jour vint où l'homme ayant appris à capturer au piège des animaux songea à en domestiquer. Notamment la domestication des bovidés fut un événement capital dans l'histoire de l'humanité. Il n'est pas facile de dire si elle eut lieu dans plusieurs régions différentes, si même en quel lieu elle a dû apparaître. Aujourd'hui toutes les espèces sauvages du genre *Bos* habitent le Sud de l'Asie ; mais la paléontologie nous montre qu'autrefois ce genre avait une aire de dispersion bien plus étendue. Quoi qu'il en soit la domestication de la vache eut des conséquences très importantes. Elle obligea d'abord l'homme à quitter la forêt pour la prairie ; elle lui fit ensuite quitter ses habitudes d'anthropophagie, elle améliora dans des proportions considérables les relations entre tribus différentes. Le traité de paix devient plus rare, les querelles étant moins fréquentes, et perd son caractère de férocité qu'il avait à l'époque précédente.

Si celle-ci est caractérisée par le traité de paix tel que nous en avons fait l'étude sommaire, l'époque pastorale se caractérise également par un contrat, qui est ce dernier le bail d'animaux.

Le bail d'animaux est un contrat dans lequel le chef d'une famille remet du bétail au chef d'une autre tribu (chacun d'eux peut-être avec le consentement des principaux membres de sa famille) à charge par ce dernier de lui payer une redevance périodique pendant toute la durée du contrat qui se terminera par la restitution du capital fourni.

Le bail d'animaux dérive directement du traité de paix à redevance périodique. Il commence de la même manière. Dans le cas du traité de paix le vainqueur laisse la vie sauve au vaincu, lui donne la vie, pourrait-on dire. Dans celui du bail d'animaux, le propriétaire des animaux remet du bétail au preneur. Pendant la durée du contrat les effets sont les mêmes. Dans le cas du traité de paix comme dans celui du bail d'animaux ils consistent principalement dans le paiement de la redevance. A leur expiration les deux contrats se comportent encore de même. Dans le cas du bail d'animaux le bailleur reprend ses animaux ; dans le cas du traité de paix le vainqueur reprend la vie au vaincu. Bien plus les deux caractères que nous avons relevés dans le traité de Paris se retrouvent dans le bail d'animaux. Dans tous les deux nous pourrions constater le caractère annuel du paiement de la redevance. Nous avons pu constater dans le traité de paix que la redevance se composait d'individus jeunes, nous pourrions voir dans le bail d'animaux que la redevance se compose de jeunes

animaux. Enfin que faut-il de plus ? Dans le cas de traité de paix le vainqueur pourra reprendre la vie au vaincu, malgré que le groupe vaincu ne se compose plus de mêmes individus qu'au moment de la conclusion du contrat. Dans le bail d'animaux nous verrons que le bailleur peut reprendre la même quantité d'animaux malgré que ceux qu'il a fournis soient morts.

ROME

Plutôt que d'entreprendre de front l'étude du bail d'animaux en droit romain suivant notre méthode habituelle, nous aborderons la question de l'étymologie des mots *locatio conductio* qui servent à désigner le louage, question dont, suivant l'opinion générale, la solution comporte celle de l'origine du louage à Rome. Ici le chemin est plus frayé que sur nombre d'autres points de notre étude. Deux théories se trouvent en présence.

La première compte comme principaux représentants : Burckhardt et Dernburg ; la seconde Pernice et surtout Karlowa (1).

Voici en les simplifiant, comment se présente chacune des deux théories et d'abord en quoi elles consistent. Pour la première, le louage serait apparu

1. Burckhardt. *Zur Geschichte der locatio conductio*, p. 26 et suiv. — Dernburg. *Pandekten*, 2. Chapitre Miethe. — Pernice, *Labéon*, I, 417. — *Id.* *Zeitschrift der Savigny stiftung*, 1898, p. 89. — Karlowa. *Römische Rechtsgeschichte*, 2, p. 636. — Cf. Girard, *Manuel*, 2^e édition, p. 457 ; 4^e édition, p. 568, 3.

à Rome sous la forme du louage d'animaux ; pour la seconde, sous la forme du louage d'immeubles notamment du louage de logements.

Première théorie. — Un texte bien connu d'Aulu Gelle, nous montre que le louage d'animaux était déjà connu et pratiqué du temps des XII tables ; alors que les plus anciennes mentions que nous ayons relativement au louage d'immeubles, sont sensiblement plus récentes.

Les mots *locare conducere* doivent se traduire (en allemand) *Aufstellen* et *Wegführen*. Ces expressions ne conviennent proprement qu'au louage de choses mobilières. Burckhardt ajoute (selon Karlowa que nous traduisons) que des esclaves auraient été exposés à certains endroits pour les offrir par exemple pour les travaux de la moisson ; du bétail, des attelages, des instruments auraient pu être placés devant les maisons et les champs pour être loués et enlevés. *Conducere* serait alors : emporter, emmener les choses mobilières louées (les mots allemands sont : *Holen, Wegführen*).

Deuxième théorie (1). — Contre la première théorie la seconde dit d'abord : l'explication du mot *locare*, donnée par la théorie ci-dessus, est inacceptable ; en effet *locare* signifierait, si elle était vraie, simplement

1. Nous ne saurions trop encourager nos lecteurs à se reporter directement à Karlowa.

mettre en location ; ce serait l'invitation au louage, non le louage lui-même. Celle donnée au mot *conducere* n'est pas admissible non plus. *Conducere* ne signifie pas *holen*, mais *zusammenführen* (*holen* littéralement venir chercher, aller prendre, emmener ; *zusammenführen* : réunir ; mot à mot : *führen* conduire, *zusammen* : ensemble, en rassemblant). Enfin le fait que le louage d'animaux est connu dans les XII tables, y est sanctionné d'une manière particulièrement énergique quand le loyer en est destiné à un sacrifice ne prouve pas que le droit ne connaissait pas d'autres sortes de louage.

Pour la seconde théorie au contraire, c'est le louage d'immeubles qui est le louage primitif à Rome. *Locare* signifia d'abord *Platz geben*. Un texte du Digeste nous montre que *locus* est une partie d'immeuble. Un autre texte du Digeste nous montre de plus que le terme *locus* peut s'employer aussi bien en ce qui concerne les fonds urbains que ruraux. L'expression *locus et lautia* (logement et cadeaux) auxquels avait droit l'hôte de l'Etat romain, montre que le mot *locus* était aussi employé pour désigner une demeure en ville.

Pernice dit avec raison : En location habitaient à Rome des gens de classe inférieure : affranchis, clients, poètes. A de telles gens, on ne louait pas un *fundus* urbain en entier, mais sans doute un petit logement ; *locare* dans son sens originaire, location

d'une parcelle, est également dans le louage de maisons le mode primitif et plus tard il est encore très usuel. On a trouvé à Pompéï des maisons dans lesquelles il y avait des appartements à louer avec les affiches de location.

On peut dire : les clients recevaient des terres à précaire ; oui, mais il dut y avoir de bonne heure des *tenuiores* qui n'avaient pas de patron de qui recevoir une parcelle de terrain ou un logement ; ceux-ci devaient donc les louer. Le *precarium* peut avoir existé auparavant, mais déjà de bonne heure les besoins de la vie avaient fait surgir la *locatio conductio*.

Conducere est l'emménagement du locataire ou fermier avec femme et enfants, esclaves et bestiaux, *das Zusammenführen*, le rassemblement dans le local loué.

A cela, que répond la première théorie ? Nous avons trouvé ceci : Dernburg, *Pandectes*, 2.301 édition 1900 : « D'après Karlowa, ce serait au contraire le louage d'immeubles qui serait le plus ancien ! » Comme on le voit, la réponse se borne à un point d'exclamation ; à notre avis, c'est juste, mais c'est peu.

Justification de la première théorie avec quelques rectifications. Pour nous, c'est bien la première théorie qui a raison. Disons d'abord tout de suite que les critiques que la seconde théorie adresse à la

première sont justifiées. *Locare* ne signifie pas mettre en location, *conducere* ne signifie pas dans son sens propre simplement *holen* ou *wegführen*, c'est-à-dire *quærere* ou *abducere*. Le fait que ce que nous connaissons de la loi des XII Tables ne parle que du louage d'animaux n'implique pas nécessairement que ce soit là le louage le plus ancien.

Voyons maintenant si la seconde théorie est exempte de tout reproche.

I. — Karlowa nous dit d'abord : *locare* veut dire *Platz geben*. Si nous comprenons bien la pensée de l'auteur, nous croyons pouvoir traduire : *locare* signifie fournir un *locus*. Dans ces conditions, le complément qui vient naturellement le premier c'est l'indication de la personne à qui ce *locus* est fourni.

Donner (1) un *locus* à quelqu'un. Seulement il y a un petit inconvénient. Si *locare* signifiait donner un *locus* (à quelqu'un) on dirait *locare aliquem* ; or, le mot *locare* gouverne toujours le datif par rapport au locataire. Est-il nécessaire de rappeler la règle suivante ? Lorsqu'un verbe non déponent a sa partie invariable (radical) identique avec celle d'un substantif que nous appellerons A et que le verbe signifie donner ou faire A à quelqu'un, le verbe en ques-

1. Ici et dans tous les développements qui suivront sur cette question, le mot donner est pris dans son sens ordinaire et non dans le sens spécial qu'il a dans la langue juridique.

tion gouverne l'accusatif par rapport à ce quelqu'un (il faut ajouter comme conditions que le substantif et le verbe ne soient pas des mots à préfixes.) Si ensuite on veut préciser la chose donnée ou faite au moyen d'un nom de choses, ce dernier nom sera traité comme complément indirect, généralement mis à l'ablatif, et en tous cas pour ainsi dire jamais à l'accusatif. On devrait dire alors *locare aliquem aliqua re* de même qu'on dit : *donare aliquem aliqua re*. La réponse que nous attendons est celle-ci. On dit sans doute : *donare aliquem aliqua re*, mais on dit aussi *donare aliquid alicui* ; par suite rien n'empêche qu'on dise de même *locare aliquid alicui*. Nous répliquerons alors : il y a en effet quelques exceptions (en apparence) à la règle ci-dessus. Ce sont notamment les mots : *donum, donare ; munus, munere ; fœnus, fœnerare ; pignus, pignerare*, avec lesquels on met « *aliquid alicui* » même pour *pignerare* on ne trouve pas, semble-t-il, *pignerare aliquem aliqua re*. Sans nous attarder à faire remarquer ce fait que la plupart de ces verbes ont un parallèle déponent qui même dans le cas de *pignerare* a le sens qu'aurait le passif de *pignerare* si l'on disait *pignerare aliquem aliqua re* disons simplement que *donare alicui* (ou n'importe lequel des trois autres) n'a pas le sens de *donum dare alicui*, mais de *dono dare alicui* ; que *fœnerare aliquid alicui* ne veut pas dire donner à quelqu'un un *fœnus* consistant en quel-

que chose mais donner quelque chose à titre de *fœnus*. En d'autres termes le substantif dans ces dernières expressions n'exprime pas la chose donnée, mais l'ensemble des conditions (le contrat) sous lesquelles telle chose spéciale a été donnée.

En peut-il être de même pour le mot *locare*, et peut on dire que *locare* soit donner à titre de *locus* ? Dans son sens le plus ordinaire *locus* signifie simplement endroit, donner à titre d'endroit est un non-sens. Karlowa veut que nous prenions le mot *locus* dans le sens de partie d'immeuble, donner à titre de partie d'immeuble ne paraît pas beaucoup supérieur. Faudrait-il alors aller plus loin et dire que *locus* signifierait logement ou même simplement habitation ? Nombre de textes de littérateurs classiques nous montrent que *locus* est souvent pris dans le sens d'endroit où l'on vit (1). Il semble donc que la condition nécessaire soit réalisée. Il n'en est rien, en effet le sens d'endroit où l'on vit, et remarquons que c'est généralement chez des poètes qu'on le trouve, ce sens, disons-nous, montre justement que le mot *locus* ne s'est pas dématérialisé, il s'est spécialisé, voilà tout. Il n'est donc pas dans le cas des quatre mots cités plus haut, qui eux dans leur sens de contrat sont tout à fait immatériels et

1. Comparer le « coin de terre » dont a beaucoup usé la littérature française.

ne sont pas l'objet donné. Dès lors *locare* doit retomber dans la règle générale et si on admet le sens donné à *locare* par la seconde théorie on devrait dire *locare aliquem aliqua re*. Est-il nécessaire de faire remarquer en finissant ce paragraphe que l'explication donnée par cette théorie pour être très compliquée n'en est pas moins purement fantaisiste.

II. — L'impossibilité que nous avons trouvée pour le mot *locare* nous la retrouvons pour le mot *conducere*. *Conducere* selon Karlowa signifie réunir son mobilier; évidemment dans le *locus* loué. *Conducere mobilia sua in aliquem locum*. C'est non moins fantaisiste que l'explication du mot *locare*; mais admettons. Avec le temps *mobilia sua* (ou tout autre terme du même genre) aura disparu comme inutile puisque c'était toujours la même chose qu'on disait. Que reste-t-il alors? *Conducere in aliquem locum*; c'est-à-dire que le mot *conducere* est devenu dans cette acception un verbe neutre. Eh bien, pas du tout, on dit *conducere aliquem locum* et *conducere* régirait alors à l'accusatif (complément direct) un complément qui était d'abord indirect ! De plus on ne s'expliquerait pas davantage comment il se fait que l'expression complète soit (*conducere aliquid*) *de aliquo*. On se demande comment il peut se faire qu'après avoir indiqué l'endroit où on emménageait, on éprouve encore le besoin de greffer le nom du bailleur directement sur le verbe plutôt, ce qui semble

rait bien plus naturel que de l'attacher par un génitif sur l'indication de la chose. Si quand même on voulait absolument rattacher à titre principal dans la phrase l'indication du bailleur, la préposition : *de* serait singulièrement choisie.

III. — Examinons maintenant cette théorie à un troisième point de vue, celui de la vraisemblance générale ; c'est-à-dire que ce paragraphe sera le développement du point d'exclamation de Dernburg. On nous a dit : il y avait à Rome, des poètes, des affranchis, des clients qui n'avaient pas toujours de patron duquel ils pussent recevoir un logement à précaire. Il s'agit de savoir de quelle époque nous parlons. Est-ce de la Rome du début de la république ? Malgré l'inconvénient d'empiéter un peu sur un développement postérieur, nous dirons dès maintenant que dans la Rome ancienne il n'y avait ni poètes, ni affranchis, ni clients. En ce qui concerne les poètes d'abord ce qu'on constate à Rome c'est l'absence de tout poème ancien. Le Romain primitif n'a pas d'imagination ; sa mythologie est d'une pauvreté extrême ; pour un peuple arrivé à ce stade, pas de mythologie signifie pas de poètes, et du reste le poète aurait été aussi bienvenu que la cigale chez la fourmi. Pour le cultivateur de cette époque et même encore un peu maintenant le poète est un fainéant qui veut manger à ne rien faire le produit du blé que lui cultivateur a tant de mal à faire pousser. A ce

point de vue Rome est tout à fait l'opposé de la Grèce. En ce qui concerne les affranchis, l'absence chez les Romains de tout procédé direct d'affranchissement est la meilleure preuve que pendant longtemps il fut absolument inconnu (1), et plus que vraisemblablement il dut ensuite être longtemps fort rare. Conçoit-on du reste qu'un homme qui a fait une grande dépense pour l'acquisition d'un esclave en l'achetant ou en l'élevant, aille ensuite en affranchissant cet esclave détruire ainsi une partie importante de son patrimoine ? Ce serait la même aberration d'esprit qu'un cultivateur qui tuerait son cheval sans nécessité. Il faut bien remarquer que si dans la Rome développée les esclaves étaient très nombreux, il en était tout différemment au début, et que par suite la valeur relative d'un esclave était infiniment plus grande à l'origine. Quant aux clients la question est plus délicate (2), mais que sont-ils ? Des gens qui vont faire la cour à un patron pour en recevoir des avantages matériels. Des hommes aussi positifs et aussi peu imaginatifs que les premiers Romains ne se paient pas en compliments. Le caractère de la clientèle a changé à travers les âges. Si nous pre-

1. En ce sens Mommsen. *Römische Forschungen*, t. I, p. 358.

2. Sur la clientèle v. Mommsen. *Römische Forschungen*, I, p. 356 et suiv. — V. aussi Marquardt. *Vie privée des Romains* trad. Henry. I., 235.

nous la clientèle dans la forme qu'on considère comme première, elle apparaît sous la forme du vasselage, ce qui dans une société de petits propriétaires comme on aime à se représenter les premiers Romains est déjà passablement singulier. D'autre part, qu'elle est l'origine de la clientèle ? Malgré le travail de Mommsen nous n'en avons pas la moindre idée. S'il nous fallait donner un avis nous dirions que la clientèle jure avec toutes les autres institutions de la Rome primitive (1). N'insistons pas davantage sur ce point qui est après tout ici d'importance tout à fait secondaire. Karlowa nous représente un peu les premiers locataires comme des sortes de meurt de faim. Quand il nous explique ensuite le mot *conducere*, il dit : c'est l'emménagement du locataire avec femme et enfants, animaux et esclaves. Vraiment pour des meurt de faim, ce sont des gens bien à leur aise. N'insistons pas, car si la forme dans laquelle Karlowa nous présente ce dernier point est critiquable, à ce sujet, sa théorie pourrait être améliorée sans changement notable.

Signalons encore à propos du mot *conducere* ce fait beaucoup plus grave qu'avec l'explication de la

1. Il n'en est pas de même de l'hospitalité, qui au contraire s'harmonise très bien avec les idées véritablement romaines. L'hospitalité n'a au reste avec la clientèle que quelques points superficiels de commun.

théorie que nous étudions en ce moment, *conducere* n'a pas le sens de rassembler. En effet pour réunir il faut que les objets soient d'abord séparés, or ici sans doute les meubles se trouveront bien ensemble dans le nouveau local, mais ils y étaient déjà dans l'ancien et il n'y a pas eu réunion.

Quant à l'affirmation que le louage d'immeubles urbains a été antérieur au louage d'immeubles ruraux, non seulement elle ne repose sur rien, mais Karlowa n'a même pas pu la soutenir jusqu'au bout. Pour expliquer *conducere* il suppose que le mobilier du locataire est un attirail de culture. Ne faisons pas remarquer le rapport qu'il y a entre un attirail de culture et la profession de poète. Mais si ce locataire est cultivateur, qu'est-ce qu'il cultive donc ? Un champ dont il est propriétaire ? Pourquoi n'y construit-il pas alors une maison ? La construction de la maison ancienne ne nécessite ni grandes dépenses, ni guère de connaissances très spéciales : des poutres en bois, des murs en torchis, un toit en chaume. Et si notre locataire n'est pas propriétaire du champ qu'il cultive, c'est alors qu'il existe d'autres sortes de louages, louage de services ou louage de champs.

Voilà comment nous développons le point d'exclamation de Dernburg et comment nous avons essayé de justifier ce que nous avons dit au début : Le jugement de Dernburg est court, mais juste.

Pour l'ensemble de ces raisons nous n'admettons

pas la seconde théorie et nous allons reprendre l'étude des mots *locare* et *conducere*. *Locare aliquid*, comme le dit fort bien la première théorie, signifie proprement mettre, placer quelque chose. D'un autre côté *locare aliquid* veut dire louer quelque chose. Nous en concluons immédiatement que louer quelque chose est un sens spécialisé de placer, mettre quelque chose. On ne peut placer que ce qu'on peut déplacer, c'est-à-dire une chose mobilière. En quoi consiste principalement l'acte du *locator* ? à remettre la chose au locataire, et si nous prenons le mot placer, à placer la chose chez le locataire. Si on dit qu'alors la construction devait être *locare aliquid apud aliquem*, nous répondrons que la différence entre le datif et la construction avec *apud* n'a que peu d'importance. Ainsi pour prendre un exemple dans un mot voisin, *ponere* se construit généralement avec une préposition : *in*, *ante*, *apud* ; d'autres fois on emploie le datif, ainsi on dit : *ponere cibos alicui*. Pour compléter notre explication du mot *locare*, nous dirons qu'un mot français a eu une évolution parallèle à celle de *locare*, c'est le mot placer. *Locare* au sens propre signifie mettre, placer. On trouve ensuite des expressions telle que *locare filiam*, marier sa fille (comparer l'expression établir sa fille); en français pour le mot placer on trouve des expressions telles que placer une bonne, bureau de placement. Dans un autre sens placer un article de commerce, placier en

vins (par exemple) ; le parallèle va redevenir bien plus net dans les deux expressions suivantes *locare pecuniam*, placer de l'argent. *Locare* (louer) *aliquid alicui*, placer de l'argent chez un banquier et mieux encore placer ses économies à la caisse d'épargne. Même ces deux dernières tournures montrent bien le peu d'importance de la différence entre à quelqu'un et chez quelqu'un dans cette expression (1) (2).

Conducere a plusieurs sens ; parmi eux il faut en retenir deux qui sont : 1^o réunir, rassembler ; 2^o mener en troupe. Ce dernier est beaucoup plus rare ; dans le grand dictionnaire intitulé : *Thesaurus linguæ latinæ* qui est actuellement publié chez Teubner, de Leipzig, nous lisons simplement *conducere* : *cogere, conjungere, contrahere*. Cependant dans le passage de Sisenna cité dans les autres dictionnaires : Quicherat, Forcellini, Freund et qui se trouve mentionné au *Thesaurus*, IV, I, 158, l. 18. *De castellis ad castra maxima pedites conducit*, il paraît signifier mener en troupe. Dans tous les cas d'une façon générale la préposition *cum* mise comme préfixe devant un verbe donne au verbe composé l'idée d'ensemble. Mais cet ensemble il suffit qu'il existe à la fin de l'opération

1. Comparer l'expression remettre quelque chose à quelqu'un.

2. Tout ce paragraphe est voisin de ce que dit Burckhardt p. 28 et 29 et en est du reste inspiré.

caractérisée par le verbe simple et il peut exister ou non au début, en principe cela n'a pas d'importance. Réunir indique que l'ensemble existe à la fin et qu'il n'existait pas au début ; mener en troupe au contraire indique que l'ensemble existe à la fin et au début. Nous pouvons prendre quelques exemples. D'abord dans tous les verbes qui n'impliquent pas l'idée de mouvement, il est bien évident que si l'ensemble existait à la fin, il existait aussi au commencement. Mais laissons-les de côté. *Con currere* a les deux sens : se réunir en courant et courir ensemble. *Comes* indique celui qui va ensemble, *comitium* l'endroit où on se réunit. De même *compellere* signifie mener en troupe. Dès lors on peut admettre comme établi pour *conducere* l'existence du sens mener en troupe. Il s'agit de savoir si *conducere* dans le sens de louer (locataire) vient du sens de réunir ou de mener en troupe. Remarquons que l'expression dans tous les cas étant *conducere aliquid* l'objet du louage sera la chose réunie ou menée en troupe et que *ducere* ne peut s'appliquer exactement qu'à des esclaves ou des animaux. Examinons le sens de réunir. Il faut d'abord écarter un premier sens dans lequel le preneur réunirait les animaux de plusieurs bailleurs ; car en ce qui concerne les Romains nous n'avons aucune trace d'un pareil système qui aurait dû être pratiqué sur une assez vaste échelle, pour pouvoir donner son nom au louage en général, et ensuite chez les autres

peuples qui sont arrivés à peu près à ce stade nous ne trouvons rien d'analogue. Si on repousse cette première application de l'idée de réunir il n'en reste qu'une seconde, réunir les animaux du bailleur avec les siens propres. Il est bien évident que lorsqu'on loue un meuble on le réunit avec les siens propres ; mais justement cette trop grande simplicité rend très difficile l'admission d'une pareille manière de voir ; comme le fait était d'évidence même on comprend mal pourquoi on aurait ajouté le préfixe *cum*. Dans un cas cependant cet emploi aurait pu avoir une signification, c'est quand avec le ou les animaux loués on pouvait faire un tout ; dans un attelage déparié notamment. Il est peu probable que ce cas ait pu avoir une importance assez grande pour donner son nom à l'institution tout entière. D'autre part, comme dans le cas précédent, il n'existe dans l'histoire du droit romain aucune trace d'un pareil état de choses et dans l'histoire du droit en général pas davantage.

Reste alors le sens de mener en troupe. Si c'est cette manière de voir qui est la bonne, l'objet du contrat sera évidemment un troupeau. *Conducere armentum* signifierait louer un troupeau de bêtes à cornes. Les objections qui se dressaient contre les autres explications ne se représentent pas ici. Reste cependant à expliquer pourquoi on dit *conducere aliquid de aliquo*. *De* peut indiquer et indique vrai-

semblablement la provenance. Qu'on compare aussi notre expression tenir (à bail) de quelqu'un. Le mot tenir s'est employé sans l'addition de : à *bail* de bonne heure, comme le montrent les expressions, tenure, tenancier : en anglais tenant.

Cette théorie qui n'est au fond que celle de Burckhardt et de Dernburg, mais avec quelques remaniements donne en résumé : 1° au mot *locare* le sens de remettre la chose au preneur ; 2° au mot *conducere* le sens de garder le troupeau loué. De là doivent résulter quelques conséquences. Le troupeau donne des fruits qui sont abandonnés au preneur ; alors le locataire paiera une rente au bailleur. Il peut se faire au contraire qu'ayant donné de jeunes bêtes au preneur, celles-ci ne soient encore d'aucun autre rapport que la croissance : alors ce sera le bailleur qui donnera une somme jugée équivalente au preneur. Dans le premier cas c'est ce que le droit développé appellera une *locatio rei*, dans le second une *locatio operis faciendi*. C'est ce qu'a très bien vu Dernburg (1). Il pourrait même se faire que l'un neutralisât l'autre ; pour ce cas de contrat à titre onéreux où chaque partie ne paie rien à l'autre, le droit romain n'a pas donné de dénomination spéciale.

Reste enfin l'explication du mot *merces*. Le mot *merces* vient évidemment de *merx* : marchandises,

1. Dernburg, *loc. cit.*, chap. Miethe.

denrées. Il suffit de rapprocher les termes vieil irlandais de *bes* : rente ; *biad* : nourriture ; pour voir l'identité de formation de l'idée.

Si comme ce qui précède tend de plus en plus à le montrer, nous avons affaire là à un contrat très voisin du bail d'animaux type, nous devons trouver que les risques seront à la charge du *conductor* ; mais comme nous savons que le droit romain admet au contraire que le *casus est periculum locatoris*, on ne peut espérer que trouver en certains points quelques vestiges oubliés où le cas fortuit sera à la charge du *conductor*.

Nous trouvons en effet quelque chose de ce genre. C'est en matière de *locatio operis faciendi*. Il semble bien que du temps de la République le *conductor operis faciendi* avait à subir les risques, sinon de la chose tout entière, tout au moins de l'ouvrage. Nous avons notamment un texte de Labéon au Digeste. *Locati conducti*, 19. 2. 62 peu suspect dans son principe d'interpolation, car il est contraire à la théorie admise au bas Empire. « Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. » Fait assez rare on trouve à la suite dans le même fragment un passage de Paul : « Immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum. » Il est facile de voir que la distinction entre le cas fortuit et le vice d'ou-

vrage n'existe pas dans Labéon ; et quel besoin aurait eu Labéon d'insister sur ce fait que si l'entrepreneur a mal fait l'ouvrage de sorte que celui-ci a péri, il en est responsable (1) ? Nous trouvons donc là la marque qu'à l'époque ancienne le *conductor operis faciendi* supportait les risques, et par suite que d'une manière générale à l'origine le *conductor* en général était responsable du cas fortuit.

La théorie que nous venons de présenter du louage primitif à Rome est à première vue séduisante. Cependant, si on y fait attention, on s'apercevra que sauf sur le dernier point elle est basée tout entière sur l'étymologie. On sait que rien n'est plus trompeur que les argumentations étymologiques. Même sans parler du cas si fréquent où on prend des suppositions basées sur de vagues analogies de mots pour des réalités, l'étymologie est un instrument qui a priori doit inspirer la défiance. A quelles conséquences aboutirait-on par exemple si on voulait faire sur le mot français tenir à bail une induction du genre de celle à laquelle nous nous sommes livré sur le mot *conducere* ? Faut-il conclure de là que la théorie à laquelle nous avons été amené par l'étude de l'étymologie de *locare conducere* soit à rejeter ? Etant donnée la haute vraisemblance de cette théo-

1. D'après M. Girard. — Girard Manuel, le changement serait probablement dû à Sabinus.

rie, nous croyons que ces deux considérations réunies (vraisemblance et étymologie) sont suffisantes ; mais nous allons voir d'un autre côté que cette théorie est inconciliable avec le droit romain primitif.

Si nous cherchons quels sont les contrats (au sens où nous avons pris ce mot au début de notre travail, mais seulement en ce qui concerne le droit des biens) que les Romains doivent avoir connu en premier lieu, nous remarquons que trois d'entre eux ont un caractère bien plus primitif que les autres : ce sont la mancipation, le nexum, la sponsio. Les deux premiers sont visiblement de la même famille, la stipulation au contraire a un caractère tout différent. Tandis que la mancipation et le nexum sont des actes laïques, la sponsio est une promesse faite devant la Divinité. Peut-être même à une époque très ancienne, la sponsio était-elle dépourvue de sanction. Dans tous les cas à une époque moins préhistorique les deux contrats usuels sont la mancipation et le nexum, la sponsio a un caractère plus exceptionnel.

La signification de la mancipation et du nexum est intéressante. Nous savons que le lingot d'airain a remplacé la monnaie de bétail (1), probablement au moment de l'extension de l'agriculture et de la

1. Girard, *Manuel*. Chapitre. Les choses (la monnaie).

V. aussi Cuq. *Institutions juridiques*, 1. 392.

réduction concomitante de la production animale. S'il en est ainsi, la mancipation correspond à la vente d'animaux, et le nexum au bail d'animaux (1). Il n'est pas besoin de faire observer que dans le nexum le cas fortuit est à la charge de l'emprunteur. Ce qui est le plus curieux c'est qu'ayant trouvé le principe de la monnaie les Romains primitifs semblent s'être imaginé que les deux nouveaux contrats pourraient suffire à tous les besoins.

Nous disions quelques lignes plus haut que les Romains primitifs avaient beaucoup développé l'agriculture aux dépens du pâturage, et nous relevions l'apparition très précoce de l'airain comme instrument d'échange. D'autres considérations nous mènent au même résultat ; c'est d'abord le fait que les Romains ont connu de très bonne heure la propriété foncière de l'*heredium*, propriété foncière qui n'a pas grande utilité pour le pâturage.

C'est ensuite que la loi des XII tables fixa le taux

1. D'après l'opinion de deux jeunes romanistes MM. Chauvin et Dansaert, dont le travail est, je crois, actuellement sous presse, la formule de la *nexi liberatio* que nous donne Gaius ne serait pas exactement ce qu'a lu Studemund, ni ce qu'a lu Böcking ; ils proposent une nouvelle lecture dans laquelle *lex* serait ici le nexum lui-même.

Le mot *lex* devrait alors être rapproché du germanique *lagh*. La parenté de *lex* et de *lagh* est actuellement repoussée. — V. Bréal, N. R. hist. 1883 605. — Uhlenbeck. *Kurzgefasstes etymologisches Wörterbuch der gotischen Sprache*, mot *laigh*.

de l'intérêt à $8\frac{1}{3}$ o/o, taux qui peut avoir été obtenu par la réduction de moitié de celui de $16\frac{2}{3}$, provenu lui-même par réduction de moitié de celui de 33 o/o. Mais si nous voyons bien dans plusieurs pays le taux de $16\frac{2}{3}$ en rapport direct avec le bail d'animaux, nous ne trouvons nulle part qu'il en soit de même pour celui de $8\frac{1}{3}$. Justement, s'il y a eu abandon du taux de $16\frac{2}{3}$, cela montre d'une manière certaine que la cause de ce taux, le bail d'animaux, avait été lui-même abandonné depuis longtemps. C'est enfin la distinction des *res Mancipi*. Parmi les animaux, seuls les animaux de travail sont des *res Mancipi* (1). A la rigueur le fait d'attacher plus d'importance à la possession des chevaux, ânes et bœufs qu'à celle des moutons et des porcs pourrait s'expliquer d'une autre manière. Dans tous les cas l'idée que cette différence provient de ce que les uns sont et les autres ne sont pas des animaux de travail est ancienne et mérite d'être retenue. Dans ces conditions les Romains primitifs nous apparaissent comme

1. *Res Mancipi* vient suivant l'opinion générale de *manu capere* ; prendre avec la main, rien n'est moins certain. *Manus* a deux sens ; main et puissance. C'est une supposition gratuite que celle de dire que le sens de puissance vient de celui de main. Le sens primitif de *manu* était vraisemblablement celui de homme qu'il a en sanscrit et en germanique (*man*). L'idée de puissance peut d'autant plus venir directement de celle de homme que *manu* pris en nom propre signifie un chef, un homme puissant.

un peuple de petits ou de moyens cultivateurs ; idée parfaitement inconciliable avec celle de grands propriétaires de troupeaux résultant de la théorie étymologique de *locatio conductio*. Par suite cette dernière théorie n'est vraisemblablement pas romaine. Comme d'autre part elle contient trop de traits concordant avec notre type morphologique pour que cette rencontre soit fortuite, on peut en conclure que cet état de choses existait chez des peuples subjugués de bonne heure par les Romains et auxquels ceux-ci ont pris un certain nombre de traits. Et quand nous disons de bonne heure, ce pourrait bien ne pas être aussitôt qu'on serait tenté de le croire. En effet pendant longtemps les Romains furent incapables d'avoir une idée nette du louage (1). Ils le considéraient quand il s'agissait d'une chose frugifère comme une vente de fruits. Toutefois au temps de Plaute et Caton tout est fixé à ce point de vue. Les mots *locare* et *conducere* sont entrés dans la langue avec leur sens définitif.

Puisque nous parlons de Caton donnons des détails sur le contrat qu'il nous raconte et qu'on trouvera indiqué dans Cuq (*Institutions. Ancien droit*, chapitre du louage). Ce contrat, d'après Caton (*Economie rurale*, chap. XL), se pratiquait dans les

1. V. à ce sujet Cuq. *Institutions*, I, p. 623 et p. 626 (1^{re} édition).

environs de Vénafre, ville située dans le pays des Samnites. Le preneur recevait un troupeau de brebis ; il devait donner pour chaque tête une livre et demie de fromage demi-sec, la moitié du lait qu'on traitait aux jours fériés et en outre une urne de lait. Dans ces conditions l'agneau ayant vécu une nuit et un jour était compté dans les fruits, et la convention finissait aux calendes de juin, à celles de mai si l'année était intercalaire. Le preneur, ajoute Caton, ne promettra pas plus de trente agneaux. La brebis qui n'aura pas mis bas sera comptée comme la moitié d'une bonne brebis. La laine et les agneaux se vendront en plein jour. La caution sera libérée par l'expiration d'un délai de dix mois. On emploiera le petit-lait de dix brebis à l'engraissement d'un porc (par dix brebis). Pendant les deux derniers mois, le preneur devait fournir un berger qui servirait de gage au maître jusqu'à paiement ou satisfaction équivalente.

En général Caton a l'habitude de ne pas raconter les choses exactement ; ce n'est pas ici qu'il y a failli. Un premier détail essentiel qui manque et que Caton aurait pu nous donner, c'est le nombre des têtes composant le troupeau de brebis. Pour dire le preneur ne promettra pas plus de trente têtes, cela suppose que le troupeau comprend un nombre d'animaux parfaitement déterminé. On peut dire que ce nombre était si connu que Caton n'a pas trouvé

utile de nous l'indiquer ; mais alors comment expliquer des phrases comme celle-ci. Le preneur donnera une livre et demie de fromage par brebis, et comme cette autre : il emploiera le petit-lait de dix brebis à élever un porc. Pourquoi faut-il vendre la laine et les agneaux dans le jour ? il y a donc un partage à faire ; ce n'est pas indiqué, il est un peu hardi de le supposer et, d'autre part, s'il n'y a pas de partage quelle nécessité y a-t-il à la vente ? De toutes façons il reste trop d'obscurités avec probablement des erreurs pour que nous puissions tirer quelque chose de satisfaisant d'une étude critique des détails.

On peut néanmoins tirer quelques conclusions certaines du texte de Caton ; la première c'est l'existence même d'un contrat de ce genre aux environs de Vénafre, c'est-à-dire au moins dans une partie du Samniun. Si Caton raconte un peu à tort et à travers au moins il ne paraît jamais de mauvaise foi et s'il a pu se tromper sur les détails, en ce qui concerne les grandes lignes on peut s'en rapporter à ce qu'il dit.

Un second point qu'on peut considérer également comme certain, c'est que ce contrat avec ses règles qui paraissent assez particulières, existait depuis longtemps dans la région où Caton l'a reconnu.

Un autre point non moins certain, c'est l'absence de tout contrat analogue dans la région romaine ;

autrement Caton ne nous le signalerait pas comme une curiosité dans un autre pays.

Bien plus, pour la région romaine, Caton ne nous décrit aucun bail d'animaux ; étant donnée la manière dont l'auteur comprend son œuvre, c'est, à mon avis, encore la meilleure preuve qu'il n'existait rien de tel.

Et alors la conclusion suivante, dont l'importance saute aux yeux, s'impose à nous ; le bail d'animaux dont l'existence nous a été révélée par l'étymologie des mots *locare*, *conducere* et *merces* a été connu et pratiqué par des Italiotes, vraisemblablement appartenant au groupe des Sabelliens, mais qui n'étaient pas des Romains.

Cette théorie concorde très bien avec les données que nous trouvons sur une institution qui dans d'autres pays paraît en rapport étroit avec le bail de bétail, je veux parler de la clientèle (1). Pour bien comprendre la signification de la clientèle à Rome, il faut la comparer immédiatement à ce qu'elle est dans deux autres pays où nous connaissons son caractère : à savoir à Athènes avant Solon et en

1. Sur la clientèle nous nous contenterons de renvoyer à Marquardt. *Vie privée des Romains*. Trad. Henry, t. I, p. 235. — Ce passage de Marquardt est du reste en grande partie tiré de Mommsen. *Römische Forschungen*, p. 319 à 390.

Gaule au temps de César. Or, on pourra le voir dans notre travail même aux endroits correspondants, à Athènes les thètes (les Romains traduisent toujours par *clientes*), comme les *clientes* gaulois sont des tenanciers de bestiaux, parfois aussi tenanciers de fonds de terre ; mais comme ce dernier contrat provient du premier, cela revient en réalité au même. Le client romain présente tous les caractères accessoires du preneur d'animaux ; à ce sujet nous ne saurions mieux faire que de citer textuellement la phrase suivante empruntée à Marquardt et dont les données proviennent de Denys d'Halicarnasse : « Le client fait partie de la famille ; il accompagne le chef à l'étranger et à la guerre, prend son avis pour les affaires importantes ; contribue de sa fortune à l'établissement d'une fille du patron, à son rachat de captivité, au paiement d'une amende qu'il a encourue. » D'un autre côté, le patron doit aide et protection à son client. Ce sont là, en somme, des détails secondaires ; mais qu'on les compare avec la condition du *ceile* irlandais, particulièrement du *daerceile*, l'analogie, la similitude, pourrait-on dire, est frappante.

Si maintenant quittant le domaine des détails nous abordons celui des points capitaux, nous trouvons des données moins précises, mais qui sont bien dans le sens de notre théorie. Une concession d'une nature spéciale, et, point curieux, que le droit

romain ne sanctionna qu'à une époque tardive, nous apparaît comme en rapport avec la clientèle ; c'est le *precarium*. Le *precarium* se montre à nous avec un caractère de gratuité presque complète ; cette constatation ne doit pas nous troubler. Au moment où nous voyons cette convention, la clientèle est en décadence, elle sera même disparue avant la fin de la République.

Si le précaire est gratuit ou presque gratuit, tout un ensemble de mots qui paraissent apparentés avec lui semblent bien indiquer qu'il n'en fut pas toujours ainsi, et que lorsqu'un des chefs (*proceres*) remettait un capital (*pretium*) à titre de tenure (*precarium*) à un client sur la prière (*prex*) de celui-ci, le bailleur réclamait (*procare*) redevances et services. Quoi qu'il en puisse être sur ce dernier point, le fait que nous considérons comme certain c'est que la clientèle romaine n'est pas d'origine proprement romaine, mais provient des pays où ont été puisés les termes employés pour désigner le louage.

Quittons maintenant cette époque de la Rome préhistorique pour faire quelques remarques sur des textes de la période dite classique. On sait combien de bonne heure fut affirmée à Rome, avec la plus grande fermeté, la théorie des risques à peu près telle qu'elle devait rester jusqu'à Justinien. Certains détails montrent cependant que de temps

à autre l'esprit romain se laissait aller à des rapprochements entre le *mutuum* et le louage et surtout et bien plus encore le *commodat*. Le mot *usura*, par exemple, désigne proprement l'intérêt dans le *mutuum* ; dans Plaute on rencontre fréquemment le mot *usurarius* pour signifier de louage, ainsi *servus usurarius* ; même (en plaisantant) celle d'*uxor usuraria* dans *Amphitryon*, IV, 3. D'un autre côté l'édit du préteur s'occupe dans un même chapitre : « XVII *De rebus creditis* » du *commodat*, du gage et du pacte de *constitut*. Or le pacte de *constitut* comme on le sait ne s'appliquait qu'à des dettes de sommes d'argent ou tout au moins de choses fongibles.

Ces dettes devaient le plus souvent provenir d'un *mutuum*. L'idée de *mutuum* est le lien naturel et évident entre celle de dette d'argent et celle de *res creditæ* ; d'ailleurs le titre I du livre XII du Digeste intitulé : *De rebus creditis si certum petetur et de condictione* est surtout relatif au prêt de consommation.

Enfin nous croyons devoir au moins mentionner que certains textes au Digeste et au Code s'occupent du cheptel ; ce sont notamment au Digeste *Pro socio*, 17. 2. 52 ; *de præscriptis verbis*, 19. 5. 13. 1 ; au Code ; *de Pactis*, 2. 3. Ils ne contiennent rien de vraiment remarquable. D'une part, que ne trouverait-on pas dans l'œuvre de Justinien ; d'autre part,

d'où proviennent ces dispositions? Les deux textes du Digeste sont de jurisconsultes d'une époque avancée.

LA GRÈCE

Nous allons d'abord étudier les contrats ayant pour base l'obligation de rendre à l'époque des orateurs (1).

Nous passerons successivement en revue : le *mutuum*, le louage, le gage.

Mutuum (2). — Le prêt d'argent n'a rien de caractéristique quant à son objet, ni quant au remboursement (3).

1. En ce qui concerne la Grèce et particulièrement Athènes nous n'avons pas à esquisser les grandes lignes de l'histoire, ni indiquer les sources. Quant aux auteurs on en trouvera une liste dans Beauchet. *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, t. I en tête ; — accordons une mention particulière au grand recueil *Corpus inscriptionum græcarum* de Dareste, Haussoulier et Reinach. Moins encore qu'ailleurs notre étude n'ayant ici de prétention à l'érudition, nous ne recherchons pas les auteurs auxquels est due telle ou telle théorie, nous prions ces auteurs de nous excuser.

2. Beauchet, IV, 230 et suiv. — Caillemet. *Antiquités juridiques d'Athènes*. Prêt, p. 13 et suiv.

3. Mentionnons la clause assez fréquente d'ἡμίολιον, clause pénale de 50 o/o en sus pour retard à l'échéance. — En ce qui concerne le risque de mer dans le prêt à grosse il est naturellement supporté par le créancier.

Il est souvent garanti par des cautions, un gage ou une hypothèque. Le système hypothécaire est fort bien organisé. L'intérêt est libre ; le taux est normalement de 12 o/o, qu'on compte le plus souvent par mois : 1 o/o par mois. Quelquefois, quand le prêt est très bon il descend à 10 o/o, mais c'est là un minimum. Sitôt que la qualité du prêt laisse un peu à désirer l'intérêt monte. A 48 o/o l'opinion publique s'indigne. Retenons simplement 12 o/o comme taux ordinaire des bons prêts, descendant parfois à 10 o/o.

Louage. — Les détails du louage ne nous sont parvenus qu'en ce qui concerne les immeubles. On peut admettre comme taux normal de loyer environ 8 o/o (1). Ce taux ne peut évidemment pas être déterminé tout à fait exactement, la détermination de la valeur d'un immeuble n'étant pas susceptible elle-même d'un chiffre mathématiquement précis. Ainsi donc le taux de loyer est un peu plus bas que celui du prêt d'argent ; nous en concluons donc immédiatement que les diverses charges qui grèvent les immeubles, contributions, réparations, risques d'incendie sont à la charge du preneur.

Voyons ce que disent les textes. D'abord pour les impôts (2). Que cite-t-on comme textes ? Des con-

1. Beauchet, IV, 173.

2. Beauchet, IV, 177.

trats. Certains de ces contrats disent que ce sera le propriétaire qui les paiera ; d'autres que ce sera le preneur. Cette constatation ne nous donne pas la solution que nous cherchons ; elle indique simplement que les conventions sont libres sur ce point, ce qui était probable a priori. Evidemment en principe on devrait dire : du moment que le bail met les contributions à la charge de telle partie, c'est qu'en l'absence de cette clause, elles auraient été à la charge de l'autre. Mais il faut remarquer que parfois des personnes éprouvent le besoin de dire expressément dans leur contrat ce que la loi édicte déjà. Du reste c'est certainement ici le cas pour l'une ou l'autre des deux catégories. Cependant certains détails rendraient plus probable l'opinion que les impôts sont à la charge du locataire. Ainsi l'expression *ατελες και ανεπιτιμητον* correspond exactement à celle française : net d'impôts ; elle indique qu'il s'agit là d'un fait contraire tout au moins à l'usage, sinon à la loi. De plus, tel de ces contrats comme celui des Dyaliens renferme un tel luxe dans la désignation des impôts que véritablement il est peu vraisemblable que cette clause ne fasse que reproduire la loi.

En ce qui concerne les réparations on trouve encore des contrats mettant les uns les réparations à la charge du bailleur, d'autres à celle du loca-

taire (1). On ne peut se décider d'après ces textes. Cependant le règlement du Pirée décidant notamment que le toit ayant été remis en bon état, le preneur devra le rendre de même, il semble que c'est là un état de lieux plutôt qu'une clause modifiant le droit commun et que le preneur est tenu de rendre à tout événement. N'insistons pas ; il s'agit là de nuances trop floues pour pouvoir établir une théorie.

Dans tous les cas retenons que l'étude de ces contrats n'a infirmé en rien notre assertion que charges et risques étaient à la charge du preneur. Nous avons cherché ailleurs la solution de cette question : dans l'étude du contrat pignoratif. (Vente à réméré avec relocation.) Ce contrat est à Athènes non seulement des plus licites, mais regardé comme la simple application des principes généraux. Voici d'abord un premier exemple. (Démosthène. Nicobule contre Panténète) (2).

Un capitaliste convient avec le propriétaire d'une exploitation minière garnie de trente esclaves de lui fournir une somme d'argent (10.500 drachmes) ; en retour il acquerra la propriété de cette exploitation

1. Il s'agit ici non pas de distinguer les grosses réparations des réparations locatives ; mais les dégradations survenues sans la faute ou par la faute du preneur. Dans tous les cas, les dégradations survenues par la faute du preneur devaient rester à sa charge.

2. Démosthène trad. Dareste. *Plaidoyers civils*, I, 254.

avec pacte de rachat dans un délai déterminé. Le bailleur de fonds devenu propriétaire reloue alors l'exploitation à son emprunteur. Combien va-t-il demander ? S'il n'avait aucun risque, ni charge, s'il était prêteur il demanderait 12 o/o, étant propriétaire s'il a des charges d'impôts, de réparations, s'il court le risque de la mort des esclaves il va sans doute demander au moins de 20 à 25 o/o ; pas du tout il demande 12 o/o.

« Ce dernier (l'emprunteur) les prend à bail de nous moyennant l'intérêt de la somme par nous avancée, soit 105 drachmes par mois. » (1 o/o par mois). Remarquons-le bien, le texte ne dit en aucune manière que le bail soit fait à des conditions particulières en ce qui concerne les charges et risques ; au contraire il met tout à fait sur le même pied loyer et intérêt, et par suite prêt et louage.

De même dans l'inscription d'Amorgos également relative à un contrat pignoratif le taux de louage est de 10 o/o. (Il s'agit d'immeubles comprenant des constructions.) L'emprunteur, dit le texte, loue pour somme égale à l'intérêt (1).

Nous dirons donc que dans le louage charges et risques sont l'affaire du preneur. Il pourra cependant y avoir doute en ce qui concerne les risques rares et graves tels que guerre, incendie, mort.

1. Beauchet, III, 240, 2.

Étaient-ils supportés également par le locataire ? La solution est un peu moins certaine ; mais nous serions néanmoins portés à le penser, en constatant d'une part et toujours que ces risques étant bien moins à craindre dans le prêt hypothécaire que dans le louage, le taux de loyer devrait alors être plus élevé que celui des prêts ; or, comme nous le savons, il lui est un peu inférieur ; d'un autre côté il ne semble pas que la considération que l'immeuble comprend relativement à sa valeur totale plus ou moins de constructions et par suite des chances d'incendie plus ou moins grandes ait une grande influence sur le taux du loyer (1).

Loyer. Mode de paiement. — En principe, le loyer consiste en argent ; pour les terres de culture (2) souvent il est stipulé en nature. La redevance est invariable ; cependant dans un ou deux contrats il est dit qu'en cas de guerre, si le preneur en souffre du dommage, le bailleur n'aura droit qu'à la moitié de la récolte (3).

Bail à cheptel. — En ce qui concerne le cheptel proprement dit *Diodore* VIII, 5 et *Pausanias* IV, 5 racontent qu'un riche Messénien Polycharès remit des bœufs au Spartiate Enœphnos que celui-ci devait

1. Ne dissimulons pas au lecteur que nous ne pourrions citer aucun auteur qui ait déjà formulé ces conclusions.

2. Les scrupuleux nous pardonneront-ils de dire ici loyer pour fermage ?

3. Beauchet, IV, p. 172.

nourrir sous condition d'un partage du produit des bestiaux.

Μίσθωσις οἴκου . On sait que le tuteur louait souvent le patrimoine: οἶκος du pupille (1).

Démosthène (2) cite à titre d'exemple un taux de 18 o/o.

Comment expliquer un taux aussi haut? Pour nous, la solution probable est simple. Il s'agit d'un cas où l'οἶκος comprend peu d'immeubles et de prêts hypothécaires, et une forte partie placée en exploitations directes. Le preneur de l'οἶκος ne saurait garantir que de tels placements à revenus élevés, mais où le capital est risqué, ne donneront lieu à aucune perte. Aussi dans le cas d'une location d'οἶκος, il n'assume pas les risques de la chose; pour se servir de termes économiques il garantit à forfait le revenu, mais il ne garantit pas le capital.

Entreprise. — En droit grec comme en droit romain, l'entreprise provient du louage. L'entrepreneur s'appelle locataire μισθωτης (3). Beauchet nous cite quelques contrats (4) dans lesquels il est dit que l'entrepreneur n'aura pas la responsabilité de tel ou tel événement fortuit, soit pour les délais, soit

1. Beauchet, II, p. 238 et suiv.

2. Beauchet, II, 247. — Démosthène. Aphobos I, trd. Dareste, p. 23. En réalité le taux est plus que 18 o/o.

3. Beauchet, IV, p. 206.

4. *Id.*, IV, 216.

pour les dégradations. On ne saurait tirer de ces contrats de conclusions en ce qui concerne la règle ordinaire.

Gage. — Si on étudie le gage en droit grec (1) on voit qu'il se présente à nous sous trois formes : la vente à réméré (2) (avec Caillemer et Beauchet, quand il y aura relocation, nous dirons contrat pignoratif); le gage (proprement dit) : l'hypothèque. Ces trois formes peuvent s'appliquer aussi bien aux meubles qu'aux immeubles.

Vente à réméré. — Le bailleur de fonds joue le rôle d'acheteur ; il devient immédiatement propriétaire sous la condition résolutoire d'un rachat. Ce rachat peut être effectué dans un délai déterminé ; ce délai passé l'acheteur devient irrévocablement propriétaire sans formalités. Pendant la durée du contrat il semble que l'acheteur devenu propriétaire n'a pas le droit de revendre à un tiers la chose vendue à réméré. Dans tous les cas aucune des deux parties ne saurait conférer à un tiers la propriété complète et sans charge. Par contre l'acheteur a naturellement la jouissance de la chose. Il faut remarquer que l'acheteur n'étant pas créancier du vendeur n'a aucune action contre ce dernier, si celui-ci ne ra-

1. Beauchet, III, p. 176 et suiv. — Hitzig., *Das Griechische Pfandrecht*,

2. C'est ainsi que Dareste traduit *πρασις επι λυσει*, *Corp. ins. graec*, 1^{re} série, p. 113.

chète pas la chose. D'où il suit que si la chose périt entre les mains de l'acheteur, il ne peut rien réclamer. Mais on pourrait se demander si le vendeur au contraire ne pourrait pas se plaindre dans le cas où il dirait que la chose valait plus que l'argent. Cette difficulté n'est pas examinée dans les textes que nous possédons, et en voici probablement la raison.

Tout le contrat suppose que la jouissance de la chose équivaut à la jouissance de l'argent. Si les jouissances sont égales les valeurs des deux choses doivent aussi être égales. Dans ces conditions, tout au moins quand la chose avait péri par cas forfuit entre les mains de l'acheteur, il est presque certain que le vendeur ne pouvait rien réclamer. Quand la perte n'était que partielle, le vendeur pouvait-il demander à reprendre sa chose en offrant le prix primitif diminué de la valeur de la perte ? Nous n'avons pas de texte, mais l'affirmative est probable (1).

Gage. — Dans le gage (*stricto sensu*) le capitaliste

1. Beauchet, III, p. 248.

Par exemple 4 esclaves semblables ont été vendus à réméré au prix de 12 mines ; l'un d'eux vient à mourir. Le vendeur se trouve ensuite, mais avant l'expiration du délai, en mesure de racheter. Il serait peu vraisemblable qu'il ne puisse pas reprendre les 3 esclaves restants en payant 9 mines ; ou bien encore c'est une maison qui a été vendue à réméré, l'acheteur n'a pas entretenu l'immeuble ; il serait peu vraisemblable que le vendeur racheteur n'ait pas droit à une diminution du fait des réparations que l'acheteur aurait dû faire.

V. ici même plus loin.

remet encore une somme d'argent à une autre personne pour recevoir d'elle en échange une chose quelconque, que celle-ci pourra reprendre en remboursant la somme reçue ; mais à la différence de ce qui se passait dans le réméré la propriété de la chose n'est pas transférée au capitaliste.

Le droit qu'il a est assez difficile à définir ; c'est dans tous les cas un droit opposable aux tiers, là est même sa seule utilité. Il est souvent très difficile de distinguer si on a affaire à un gage ou à un réméré. En effet le gage ressemble encore à la vente avec clause de rachat en ce que au moins dans le cas normal où la chose donnée en gage est une chose frugifère (animaux ou immeubles) le gagiste en acquiert la jouissance qui lui tient lieu d'intérêts. D'autre part le grec n'a pas de terme propre pour désigner le droit de propriété ; quand il veut en rendre l'idée il se sert de l'expression ἔχειν καὶ κρατεῖν, tournure dont l'allure embarrassée restreignait l'emploi. Comme exemple de gage il y en a un toujours cité et qui est réellement intéressant ; c'est celui des ébénistes que Moëriadès avait engagés au père de Démosthène. (1) Bien qu'il soit très connu nous le citerons textuellement : « Mon père, juges, a laissé deux ateliers fort importants l'un et l'autre, l'un d'armuriers, au

1. Démosthène. Aphobos I. *Plaidoyers civils*, Dareste, t. I, p. 7.

nombre de 32 ou 33 valant jusqu'à 5 et 6 mines par tête ; mais jamais moins de 3 mines et rapportant 30 mines par an de revenu net ; l'autre d'ouvriers en meubles, au nombre de 20 qui lui étaient engagés pour une créance de 40 mines et rapportaient 12 mines de revenu net. » Donc le premier atelier dont Démosthène était propriétaire valait un peu plus de 100 mines et rapportait 30 mines, soit un peu moins de 30 o/o ; le second rapportait 30 o/o. Ces chiffres n'étaient pas acceptés par l'adversaire, Aphobos prétendait même que les esclaves avaient coûté plus cher d'entretien qu'ils n'avaient rapporté. Mais peu nous importe ; ce qu'il y a de certain et cela nous suffit, c'est que les affirmations de Démosthène étaient aussi vraisemblables que possible. Or elles nous montrent que les deux ateliers rapportent tous deux 30 o/o, d'où on peut conclure que l'emprunteur a pu obtenir une somme presque égale à la valeur de sa chose. Laquelle des deux parties doit supporter les risques ? Nous verrons plus loin que l'antichrèse pousse par sa nature à mettre la chose aux risques du créancier. Nous devons donc en principe supposer qu'il en est ainsi en droit grec, étant donné ce qui fait partie des conditions nécessaires pour l'application de cette règle que l'antichrèse nous apparaît ici comme une opération normale, de nature à durer assez longtemps et dans laquelle les valeurs chose et espèces sont équivalentes. De plus

il existe un passage d'où il résulte que ces risques sont à la charge du créancier (1). Cependant il ne faut peut-être pas, hâtons-nous de le dire, faire un cas exagéré de ce passage. D'abord les hellénistes sont d'accord pour dire que le morceau en question n'est pas de Lysias. De fait, rien que dans le passage qui nous concerne, on trouve plusieurs invraisemblances d'ordre secondaire, qui tendraient à nous faire croire que non seulement le texte n'est pas de Lysias, ce qui après tout nous serait égal, mais, ce qui est plus grave, est de date très postérieure. Aussi dirons-nous tout simplement que si ce texte avait donné une solution opposée à la nôtre, nous l'aurions rejeté, mais comme au contraire la solution qu'il donne est conforme à ce qui était vraisemblable *a priori*, nous le considérons tout au moins comme un témoignage d'appoint. (2) (3).

1. Lysias Κατηγορία προς τους συνουσιαστας κακολογιων § 10. — Voir Beauchet III, p. 284.

2. Caillemer dans Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, art. Anagogès diké dit que notre texte est une application de l'action réhibitoire ; c'est là une question tout à fait distincte et dont la solution ne peut influencer en rien sur celle de la question que nous étudions en ce moment.

3. On pourrait même soutenir que à quelque époque qu'ait été écrit ce texte il garde en ce qui nous concerne la même force probante, et lui attribuer alors une très grande valeur comme témoignage de la règle

Si à l'échéance le débiteur ne peut payer il semble que le créancier acquiert la propriété du gage sans formalités. On admet (sans textes) que le créancier ne peut rien réclamer de plus dans aucun cas (1). Cette solution nous paraît également très probable. Dans le cas où la chose remise en gage n'était pas une chose frugifère, le prêteur stipulait des intérêts (2). Qui supportait alors les risques ? Les auteurs trouvent évident que c'était alors le débiteur. Personnellement, nous dirons que nous n'en savons rien du tout (3).

Contrat pignoratif. — Nous avons séparé le contrat pignoratif de la vente à réméré, on verra bientôt pourquoi. Dans le contrat pignoratif il y a d'abord une vente à réméré, puis l'acheteur reloue la chose au vendeur. L'utilité de ce contrat est évidente. Souvent le capitaliste ne voulait pas avoir les tracasseries d'une exploitation directe et avait l'intention de louer la chose à un tiers, mais ce procédé avait des inconvénients. En supposant même que le rachat ne pût être effectué (4) qu'à une ou des époques détermi-

1. Beauchet, III, p. 286.

2. Beauchet, III, p. 284.

3. Pour pouvoir affirmer quelque chose en ce sens, il faudrait au moins avoir des exemples réalisés et connaître l'intérêt alors stipulé. Dans le cas d'Aristophane l'intérêt offert était très élevé et la garantie semble-t-il était bonne, mais l'affaire ne s'est pas réalisée, et elle n'était peut-être pas aussi bonne qu'on le dit.

4. Comme cela a dû être le cas normal au début, comme en

nées, il y avait toujours l'inconvénient en louant la chose à un tiers que le vendeur pouvait racheter la chose et expulser le locataire. Au contraire si c'était le vendeur qui devenait lui-même locataire, cet inconvénient disparaissait et de plus l'ancien propriétaire avait l'avantage de continuer une exploitation qu'il pouvait être en état de diriger d'une manière fructueuse.

Mais par sa nature le contrat pignoratif ne répond plus au même besoin économique que l'antichrèse. Celle-ci nous apparaît comme un échange de jouissances, ainsi que le veut dire du reste le mot antichrèse. Les moyens d'action économique de l'emprunteur ne sont pas augmentés ; au contraire le contrat pignoratif est une opération de crédit qui, s'il est employé utilement aura pour but d'augmenter la puissance productive de l'emprunteur. Du côté du capitaliste maintenant dans l'antichrèse qu'il le dise ou non, ce qu'il recherche, c'est d'avoir à bon compte la chose donnée en gage au moins pendant toute la durée de l'opération ; elle rapportera autant que s'il l'avait achetée ferme et il la paiera moins cher ; au contraire dans le contrat pignoratif ce que le capitaliste cherche c'est à faire un placement tranquille. Par une coïncidence remarquable, le contrat pigno-

tout cas cela a pu être convenu expressément à n'importe quelle époque.

ratif se prête merveilleusement à cet usage. En effet tandis que dans l'antichrèse la somme fournie est forcément presque égale à la valeur ordinaire de la chose ; dans le contrat pignoratif elle peut lui être très inférieure sans lésion pour l'emprunteur. Il suffit que le chiffre du loyer soit en rapport non pas avec la valeur de la chose, mais avec la somme fournie. Sans doute on peut au premier abord être tenté de dire : à l'expiration du délai, si l'emprunteur ne peut pas rembourser il va perdre sa chose dont la valeur est bien supérieure à la somme reçue, mais il faut remarquer que, si ayant pressenti son prêteur avant l'échéance il n'a pas pu obtenir de lui une prolongation, il pourra s'adresser à un autre capitaliste qui remboursera le premier que celui-ci le veuille ou ne le veuille pas et reprendra l'affaire aux lieux et place du premier capitaliste. Il pourra s'il le veut s'adresser non plus à un second capitaliste désireux de prêter, mais à une personne désireuse d'acheter. Celle-ci avec le concours du débiteur offrira la somme prêtée au premier capitaliste qui sera bien obligé de la recevoir et au même instant il acquerra la propriété de la chose par la volonté du débiteur, et il versera à celui-ci la différence entre la valeur de la chose et la somme prêtée.

Telle est l'économie du contrat pignoratif dans un pays où comme à Athènes il est pratiqué sans

crainte et couramment et où les frais de vente sont très peu élevés (1).

Qui supporte ici les risques ? On admettait en Grèce que pour que le prêt fût considéré comme très bon, la chose donnée en garantie devait valoir le double du montant du prêt. Il est d'une part certain, que quand la chose avait péri partiellement et que cependant il voulait la racheter, il devait rembourser toute la créance comme si la chose était restée dans son état primitif. Personne ne conteste ce point (du reste on ne paraît pas s'en être non plus beaucoup préoccupé). Il ressort implicitement, mais avec évidence des exemples concrets que nous connaissons et tout spécialement du plaidoyer de Démosthène (Nicobule contre Panténète) où la moitié de la chose donnée en garantie consiste en esclaves. Le taux qui est de 12 0/0 est celui des placements sans risques et évidemment s'il y a des esclaves qui

1. Toutefois nous noterons qu'en France au moyen âge on rencontre assez fréquemment la clause portant que le fonds donné en mortgage ne pourra être racheté que des deniers mêmes du vendeur et non de ceux qui seraient fournis par un autre bailleur de fonds qui se substituerait au premier ; par exemple Cartulaire de Gellone. Alaus, Cassan et Meynial, p. 324, n° 389 ; aussi à Redon ; v. en outre Génestal. *Rôle des monastères comme établissements de crédit*. En Grèce nous ne voyons rien de semblable ; du reste le crédit était bien mieux organisé dans la Grèce antique que dans la France du moyen âge.

meurent la perte en sera pour le débiteur qui ne pourra pas de ce chef prétendre à rembourser une somme moindre. Une question qui ne paraît pas non plus avoir été examinée et qui est plus délicate est celle de savoir ce qui se passera si par cas fortuit la perte devient assez forte pour que ce qui reste de la chose ne vaille pas la somme reçue ; que doit-on décider ? Laissons cette dernière question pour le moment, et revenons un instant à la règle précédente. Pourquoi le débiteur s'il veut racheter est-il obligé de rendre intégralement la somme reçue ? Cela paraît très inoffensif au premier abord, cependant c'est encore une nouvelle condamnation de la théorie qui dit que c'est le propriétaire qui supporte les risques. Pour rendre la chose plus facilement compréhensible tout en la fouillant à fond, prenons un exemple : *A* vend à réméré à *B* une équipe de 10 esclaves moyennant 10 mines. *B* reloue cette équipe à *A* moyennant 10 drachmes par mois. Voilà le contrat. D'un autre côté les esclaves, supposons-les tous identiques, valent 2 mines chacun. Un certain temps après, deux esclaves meurent ; puis *A* veut rembourser et racheter ses esclaves. Comment la situation va-t-elle se régler ? Si on applique les principes de la théorie courante, voici comment on raisonnera. Régions d'abord le louage. Il n'y a plus que 8 esclaves. *A* rendra donc 8 esclaves à *B* et sera alors libéré. Régions maintenant le réméré. *A* dira

à *B* : « Je veux racheter ; il n'y a plus que 8 esclaves, je l'ai vendu 10 esclaves pour 10 mines, tu m'en rends 8, voilà 8 mines. » Et *B* perd 2 mines. S'il venait à l'esprit de *B* de dire à *A* : « Rachète les esclaves qui restent pour 10 mines ou ne les rachète pas du tout, car nous sommes convenus de 10 mines et non de 8. » *A* n'aurait pas de mal à répondre : « Sans doute nous sommes convenus de 10 mines, mais pour 10 esclaves. A l'époque où l'accident est arrivé tu étais propriétaire, tu l'es du reste encore maintenant, c'est donc toi qui dois supporter les risques ; il s'est produit une perte de 2 esclaves, tu dois perdre 2 mines. »

Si maintenant invoquant une théorie romaine qui n'a rien à voir en droit grec, *B* disait à *A* : « Ce n'est pas le propriétaire de la chose qui doit supporter la perte, c'est le créancier ; or, tu étais créancier au moins éventuel des esclaves. » *A*. répondrait : « Non, je ne suis pas créancier éventuel des esclaves ; je suis ton créancier seulement pour une obligation de faire, l'obligation de me revendre les esclaves ; or, cette obligation je te demande de l'exécuter seulement dans la mesure où tu le peux ; je ne te demande pas de me rendre les esclaves qui n'existent plus, je te demande de me rendre ceux qui restent ; ce n'est pas une raison pour que je te paye ceux qui sont morts. » A supposer même que cette dernière théorie dût être tenue pour fausse il n'en est pas

moins vrai que si le vendeur à réméré avait conclu autant de contrats que d'esclaves, il n'aurait pas subi la perte sur les esclaves morts. Il n'est ni très logique, ni même, me semble-t-il, très juridique que l'acheteur puisse ainsi se rattraper d'un esclave sur l'autre. Il n'est pas non plus très rationnel de faire supporter la perte totale par une partie et la perte partielle par l'autre. Au surplus cette prétention de B constituerait une ignoble spéculation, que les Grecs, pensons-nous, auraient appréciée aussi sévèrement qu'on pourrait faire le de nos jours. Si la chose ne valait pas plus que la somme, A ne tiendrait probablement pas autant à racheter et B cherche par un procédé détourné à se couvrir d'une perte que normalement il devrait supporter. Evidemment le caractère odieux du procédé de B n'existe en réalité que lorsqu'il n'y a pas relocation ; mais tout nous montre ces deux actes comme indépendants l'un de l'autre. Or s'il n'y avait pas relocation il faudrait que B eût affaire à un emprunteur réellement en détresse pour recevoir une chose d'une valeur bien supérieure à celle de la somme. Non content d'avoir profité injustement de la grosse différence des jouissances, il veut maintenant profiter encore de la différence des capitaux ; et si on ne se place pas au point de vue moral, point de vue dont on peut contester la valeur, on peut reprendre la même idée au point de vue économique ; la vente à

éméré nous apparaît comme un contrat normal, loyal, équitable et non pas comme le traquenard qu'on nous représente, et seuls des individus arrivés à la dernière extrémité auraient pu consentir à un réméré.

Si les difficultés se dressent de toutes parts en admettant que les risques sont à la charge du propriétaire, au contraire tout s'aplanit si on admet qu'ils grèvent l'emprunteur dans le contrat pignoratif parce qu'il est locataire. Reprenons notre exemple de tout à l'heure. Quand A viendra trouver B pour racheter, et que l'on procédera d'abord au règlement du louage, B dira à A : « Tu ne rends que 8 esclaves, je t'en ai fourni 10. Or, d'après notre contrat 10 esclaves valent 10 mines, paye moi 2 mines. » Ceci fait, on procédera au règlement du réméré ; B ne rendant à A que 8 esclaves, celui-ci ne paiera que 8 mines. Mais B aura tout de même reçu ses 10 mines.

De ceci ressort alors une conséquence. C'est que si la perte a fait tomber la valeur du restant en dessous de la valeur de la somme et que le débiteur ne tienne plus à racheter, le créancier ne se trouvera pas désarmé. A titre de bailleur il pourra lui demander le montant de la perte, aussi n'est-ce que dans le cas d'insolvabilité complète que le débiteur ne rachètera pas.

Hypothèque.—(1). En deux mots on peut dire que l'hypothèque est au gage ce que le contrat pignoratif est au réméré. Toutefois il y a certaines différences de détail. Tandis que le contrat pignoratif nous apparaît comme la juxtaposition de deux contrats, l'hypothèque se présente à nous comme un contrat unique. D'un autre côté les formalités de l'exécution forcée sont un peu différentes. A part ces deux observations il n'y a pour ainsi dire pas de différence à part celle naturellement qu'ici comme dans le gage la propriété de la chose pendant toute la durée du contrat reste au débiteur, considération qui, nous l'allons voir immédiatement, a une importance des plus minces. Passons aux ressemblances avec le contrat pignoratif. Le débiteur ne peut aliéner, ni probablement hypothéquer (probabilité plus grande pour les périodes anciennes, mais encore à l'époque des orateurs ; plus tard la règle finit par changer). Ici les risques de la chose sont à la charge du débiteur (et les auteurs modernes ne s'en étonnent pas). Si à l'échéance le débiteur ne paye pas, le créancier peut recourir à l'*embateusis*. Nous ne faisons pas ici de procédure, nous avons pas à la décrire. Disons simplement qu'elle ne diffère pas beaucoup de l'expulsion d'un locataire. Quels sont les effets de l'*embateusis*? Suivant Hitzig (2) dont la solution est admise

1. Beauchet, t. III, notamment p. 252 à 281.

2. Hitzig, p. 86 à 88.

par Beauchet (1) et que nous adoptons nous-mêmes pour les mêmes motifs, l'embateusis donne au créancier non seulement la possession de la jouissance, mais aussi la propriété.

Par contre, le créancier ne peut rien réclamer en plus si le bien donné en gage était insuffisant. En d'autres termes le créancier n'a pas le droit de demander le remboursement de la somme qu'il a fournie ; il a par contre droit à la chose hypothéquée tout entière, mais n'a droit qu'à cela, et ce droit est éteint par la faculté qu'a le débiteur de payer en argent.

Nous pourrions à la rigueur arrêter là notre étude des contrats basés sur l'obligation de rendre en droit grec ; mais nous dirons quelques mots de la nature de l'hypothèque. Ils pourront d'abord nous être utiles ici pour l'étude d'autres droits ; mais nous tenons surtout à rendre hommage au mérite de premier ordre de la théorie que Beauchet a émise sur ce point. Sans doute il ne faudrait pas louer l'idée de Beauchet au détriment du travail d'Hitzig et même de ses autres prédécesseurs ; mais enfin c'est Beauchet qui a émis cette théorie et il convient de lui en faire honneur (2). Elle consiste à dire que l'hypothèque dérive de la vente à réméré ou plus exactement

1. Beauchet. III, p. 272.

2. Beauchet, III, 181.

du contrat pignoratif. Parmi les arguments qu'il invoque (et dont tous ne sont pas bons), il y en a un d'abord qui mérite d'attirer l'attention c'est que nous connaissons un certain nombre d'autres peuples où nous voyons bien le gage, le réméré, mais pas l'hypothèque. Il a dû en être de même à Athènes. Nous ajouterons, pour nous, que cette différence sur laquelle on appuie tant d'ordinaire, que dans le contrat pignoratif le créancier est propriétaire et ne l'est pas dans l'hypothèque ne paraît avoir aucune importance pratique (à part la légère différence de procédure d'exécution) (1). L'hypothèque nous apparaît avec un caractère abrégé donnant directement la garantie au créancier sans explication du pourquoi, ni du comment. De plus, certaines particularités de l'hypothèque ne sont compréhensibles (et Bauchet le dit dans un autre passage) qu'en admettant qu'elle dérive du contrat pignoratif ; pourquoi le droit du créancier est-il un droit à la chose hypothéquée et non pas un droit au remboursement de la somme prêtée ? Il semble que l'hypothèque s'est formée pour donner une garantie similaire à celle du contrat pignoratif dans les cas autres que le prêt et où l'emploi du contrat pignoratif était d'une application plus détournée et difficilement admissible, par exem-

1. Nous ignorons sur quoi Szanto se base pour dire que l'hypothèque ne serait pas transmissible aux héritiers. Szanto, *Hypothek*. 288. — Bauchet, III, p. 183.

ple pour garantie des obligations d'un louage d'immeubles ou de la restitution de la dot. Ainsi par exemple Hitziag pouvait faire remarquer que dans la collection des inscriptions hypothécaires la garantie des prêts est le contrat pignoratif ou le réméré, et pour les autres contrats l'hypothèque.

La question des Thètes (1). — Dans l'état actuel de nos connaissances la question des Thètes ne paraît compréhensible qu'à Athènes, et c'est là seulement que nous l'étudierons. Il existait avant Solon des individus qu'on désignait du nom de πελάται, ἐκτημόροι ou θῆτες qui n'étaient pas esclaves, mais qui étaient cependant d'une classe inférieure ; les gens de la classe riche s'appelaient au contraire Eupatrides. Qu'étaient ces Thètes et quelle réforme Solon accomplit-il ? C'est ce que nous allons examiner. Comme sources de renseignements nous avons d'abord des ressources linguistiques, ainsi l'appellation des gens de cette classe : ἑκτημοροι signifie preneurs à la sixième partie ; θῆς d'autre part accuse une parenté très nette avec τιθημι dont le sens correspond au mot latin *locare* et signifie d'abord placer, secondairement louer, prêter, confier ; pour le mot πελάται il paraît moins instructif, πελας signifie proche, voisin. La réforme de Solon porte d'ordi-

1. On trouvera l'état complet de nos connaissances sur ce point dans Beauchet, t. II, p. 526.

naire chez les Grecs le nom de *σεισαχθεια* et veut dire ébranlement, abolition des charges. D'autre part à l'époque romaine on considère le mot latin *cliens* comme l'équivalent de thète. Une autre source de renseignements ce sont les textes et notamment un passage de Plutarque dans la vie de Solon (§ 13). En substance Plutarque nous dit : « Le peuple tout entier était endetté auprès des riches. Les uns labouraient pour leur créancier et lui payaient le sixième du produit ; c'étaient ceux qu'on appelait sixenaires (preneurs au sixième) ou thètes ; les autres empruntaient sur leur personne et adjugés à leurs créanciers demeuraient esclaves dans l'Attique ou étaient vendus en pays étrangers. » Citons comme autre texte, un passage d'Aristote dans la Constitution des Athéniens où il dit à peu près ceci : « Devenu maître des affaires, Solon délivra le peuple ; il interdit pour le présent et l'avenir de prêter sur le corps du débiteur ; il fit remise des emprunts tant des particuliers que de l'État et c'est ce qu'on appelle la seisachthie. » Le tout est comme on le voit assez maigre. Deux grandes théories se sont formées pour en donner l'explication. La première a été proposée par Schoemann et paraît dominante à l'heure actuelle (1). Suivant elle, les thètes sont des emprun-

1. Schöman. *De comit. Athen.* p. 362. Beauchet II, p. 530. Dareste. *N. R. hist.* 1897, p. 634, (compte-rendu du livre de Beauchet.)

teurs qui n'ayant pas pu payer sont obligés, la terre étant inaliénable, d'abandonner à leur créancier les cinq sixièmes de la récolte. Solon aurait d'abord aboli ces dettes et ces charges et aurait interdit l'esclavage pour dettes. La seconde a été proposée par Fustel de Coulanges ; c'est à elle que Beauchet se rallie. Les thètes étaient, suivant celle-ci, des clients cultivant les terres des Eupatrides moyennant une rente égale au sixième du produit. Solon aurait aboli cette redevance (1). Comme on le voit chacune de ces théories est complexe ; il est cependant difficile d'y pratiquer des sections et nous allons en faire la critique en bloc.

La première théorie a plusieurs défauts ; le premier est d'être matériellement impossible. Il est manifestement impossible à un cultivateur qui fournit toute la main-d'œuvre de se nourrir avec le sixième du produit. En second lieu l'idée que le preneur doit rendre les $5/6$ ne s'appuie sur aucun texte. En troisième lieu un passage d'Isocrate dit que dans l'Athènes ancienne les fermages étaient modérés.

La seconde théorie au contraire ne renferme aucune impossibilité et a par suite une valeur infiniment supérieure à la première, de même qu'un nombre positif quelconque est infiniment supérieur à 0.

1. Il y a encore une autre théorie aujourd'hui presque abandonnée qui voit dans la réforme de Solon une réforme monétaire.

Elle a peut-être cependant un léger défaut, c'est de faire bon marché de tout ce qui est relatif aux emprunts (1).

Suivant nous une autre théorie serait également possible, très voisine de la seconde, mais en différant un peu et par certains côtés se rapprochant même de ce qu'il y a de bon dans la première.

Comme on le sait c'est en Irlande que la clientèle nous apparaît comme la plus compréhensible ; nous l'y trouvons intimement liée à un bail qui est en Irlande le bail d'animaux. Dans d'autres pays cela doit pouvoir être également avec un bail de terres. D'un autre côté au temps de Solon la monnaie paraît avoir été peu abondante et cependant les prêts nous apparaissent comme très nombreux. Probablement tous les emprunts ne se faisaient-ils pas en argent ; peut-être ceux-ci étaient-ils même l'exception. Mais s'ils ne se faisaient pas en argent ils devaient alors se faire soit en lingots, soit aussi et surtout en animaux. Nous voilà donc revenus au bail d'animaux. Même justement le rôle économique des animaux dans l'ancienne Grèce se révèle par exemple par des expressions telles que celles-ci : « Un bœuf lui est passé sur la langue », en parlant d'un témoin qui a été suborné. D'autre part le mot *τοκος* qui signifie intérêt exprime

1. Nous ne faisons pas un très grand cas de l'objection qu'il serait incompréhensible qu'une redevance aussi faible que $1/6$ ait pu paraître lourde et odieuse.

proprement le part des animaux, faisant sans doute allusion au fait qu'à l'origine l'intérêt est égal au part (33 o/o pour la vache). Mais au temps de Solon la terre nous apparaît déjà comme propriété privée, par conséquent pouvant être aliénée. Si la terre est appropriée, elle a de la valeur, le propriétaire de la terre la loue et l'intérêt a une forte tendance à diminuer. Peut-être même en est-on arrivé à l'idée que la terre et les animaux sont aussi utiles l'un que l'autre à la production et a-t-on coupé comme on dit la poire en deux ; c'est-à-dire réduit l'intérêt à $16 \frac{2}{3}$ o/o, soit au sixième. Cette manière de voir est confirmée par l'étude du droit hébreu qui nous montre justement à une certaine époque un état de choses de ce genre (1) et où nous trouvons justement ce taux de un sixième. Dans ces conditions ne peut-on pas penser que Plutarque au lieu de dire payant chaque année le sixième du produit, aurait dû dire payant chaque année le sixième en produit ? D'autre part ce taux peut également s'appliquer à la terre, où elle correspondra alors vraisemblablement à un peu moins de la moitié du produit total.

On comprendra ainsi comment il peut se faire que les uns aient trouvé ces conditions modérées tandis que d'autres les aient à un moment donné trouvées lourdes. Dans notre théorie voici ce que

1. Voir plus loin.

seraient alors les fameuses bornes que Solon aurait fait supprimer. On a vu plus haut que Beauchet avait découvert que l'hypothèque provenait du contrat pignoratif; c'est-à-dire d'un réméré suivi d'un louage. Les bornes seraient ici suivant nous la marque de la propriété, destinée à empêcher le locataire d'acquérir l'immeuble par usucapion. Au début il devait y en avoir sur tous les immeubles qui étaient loués. Plus tard elles ne subsistèrent que dans le contrat pignoratif et l'hypothèque. Il est à remarquer en tout cas que le droit classique grec semble ignorer l'usucapion; or comme nous retrouvons celle-ci à Rome, dans l'Inde, en Irlande, il nous paraît légitime de penser qu'il devait en être de même au début en Grèce; seulement Solon abolissant les bornes a sans doute dû abolir aussi l'usucapion.

Pour nous résumer et présenter d'une manière dogmatique ce qui reste un peu conjectural: les Thètes sont les clients des Eupatrides qui leur donnent à bail des animaux et des terres moyennant une redevance égale au sixième du capital. Les animaux portent sur la peau la marque du propriétaire; quant aux immeubles cette marque consiste en une borne gravée au nom du bailleur. Si le preneur ne fait pas face à ces obligations il est réduit en esclavage. Les Thètes qui au début traitaient sur le pied d'égalité avec les Eupatrides (et à cette époque ces

dénominations n'existaient pas) ont vu peu à peu par une lente et insaisissable évolution des choses leur condition se rapprocher de celle des esclaves. Se rendant compte à la fin que leur situation juridique était toujours celle des hommes libres, se rendant compte d'autre part que leur situation économique était devenue presque inférieure à celle des esclaves ils ont accueilli (si ce n'est plus) avec faveur la révolution de Solon.

LA CHALDÉE

Nous désignons sous ce nom commode l'ensemble des peuples qui vivaient dans les plaines des bassins du Tigre et de l'Euphrate. L'histoire y remonte vers 4300 et dès le début nous y voyons régner une civilisation avancée notamment dans les deux principaux royaumes : la Babylonie et l'Elam. Le plus ancien monument écrit qui nous soit parvenu semble être la stèle des Vautours qui daterait d'environ 3500. Quoiqu'il en soit l'écriture resta longtemps hiéroglyphique avant de se transformer en cunéiforme. Les plus anciens documents juridiques que nous possédons sont postérieurs au xxv^e siècle ; le plus important d'entre eux et de beaucoup est le code d'Hammourabi, découvert, comme on le sait, à la fin de 1901 par de Morgan, publié et traduit par le P. Scheil en 1902. (*Délégation en Perse*, tome IV, p. 11 et suiv.) Cette découverte a fait éclore une littérature nombreuse avec quelques travaux très intéressants. Comme le fait remarquer M. Daresté (1) c'est le code le

.. Le Code babylonien d'Hammourabi. *Nouvelles études*. 3^e série. 1906 et. *N. R. Hist.*, 1903, p. 33.

plus ancien que nous possédons. Est-ce à dire par là qu'il s'agit là d'une législation primitive ? A notre avis, en aucune façon. C'est la loi d'un peuple très avancé, composé presque uniquement de négociants et de cultivateurs avec une propriété foncière individuelle connue depuis un temps immémorial.

Nous y trouvons des renseignements exprès sur la responsabilité dans les contrats dont nous nous occupons. L'article 244 nous dit pour le louage d'animaux de travail : bœuf ou âne, que l'accident fortuit (attaque par un lion) est à la charge du maître. De même l'article 236 relatif au louage d'un bateau dit que si le batelier conduit mal et que le vaisseau coule, la perte en est à la charge du locataire ; nous devons en induire *a contrario* que dans le cas où le batelier n'a rien à se reprocher, celui-ci n'aurait aucune indemnité à payer au bailleur. La situation du pâtre est réglée par les articles 251 à 267. Le pâtre n'est pas locataire ; l'objet loué ce ne sont pas les animaux, c'est la personne du pâtre ; nous le voyons par l'article 261. L'article 266 nous dit encore que le risque est à la charge du maître des animaux. L'article 237 relatif au transport de marchandises par eau met à la charge du batelier une assez lourde responsabilité ; mais la perte par cas tout à fait fortuit reste néanmoins pour le maître des marchandises, car il suppose qu'il y a erreur ou inexpérience du batelier. La responsabilité du médecin, spéciale-

ment dans une opération chirurgicale quoique la question ne rentre pas à proprement parler dans le cadre de notre travail est intéressante parce qu'il semble bien qu'on attache une importance capitale à la nature du résultat, ainsi qu'on peut le voir par les articles 218, 219, 220 et 225, sans s'inquiéter de la faute de l'agent. En ce qui concerne le dépôt l'article 125 semble mettre le risque à la charge du dépositaire. C'est ainsi par exemple que l'a compris Dareste dans son article sur « le code babylonien d'Hammourabi, p. 18. *N. R. hist.*, 1903 ». C'est ainsi que nous l'avions d'abord compris aussi nous-même. Mais après avoir réfléchi, nous sommes d'avis que c'est là un contre-sens. D'abord cette interprétation a le défaut de ne pas expliquer l'incidente : « si ce quelque chose a péri avec l'avoir du maître de la maison ». Elle a surtout celui bien plus grave de rendre la phrase contradictoire ; il n'y a plus moyen de donner un sens raisonnable aux mots *be-el bîti sa i-gu-ma*. D'autre part encore il est invraisemblable qu'on rende le dépositaire responsable du *casus*, alors que le locataire n'en est pas tenu et que l'emprunteur lui-même en est partiellement déchargé. Le sens véritable est des plus simples : si quelqu'un a fait un dépôt et que ce dépôt ait péri fût-ce par escalade, (fût-ce) avec l'avoir du maître de la maison, le maître de la maison lorsqu'il est en faute devra indemniser le déposant. — Le dépo-

sitaire qui n'est pas en faute est libéré par le cas fortuit ; celui qui est en faute doit payer à tout événement. On suppose le dépositaire en faute ; ce n'est pas cette faute qui a fait perdre la chose ; mais malgré que la chose ait péri pour une cause autre que la faute du dépositaire l'existence de cette faute l'empêche d'opposer le cas fortuit à la demande en restitution qui lui est adressée par le déposant. Et nous trouvons l'application de cette idée dans l'article 120. Il s'agit d'un dépôt de blé ; un dégât s'est produit dans le blé (cas fortuit) ; mais le dépositaire a pris du blé ou a contesté la quantité de blé (faute) la perte est pour le dépositaire. Malheureusement de cette explication si satisfaisante qu'elle soit, nous n'avons guère rien à retenir sinon que le dépositaire n'est pas tenu du cas fortuit (sauf faute de sa part), ce qui est un assez maigre résultat. Au total le code d'Hammourabi est très net. Le détenteur n'est responsable qu'autant qu'il y a faute de sa part.

Si maintenant nous passons rapidement en revue les autres monuments juridiques que nous possédons pour la même époque, nous voyons qu'ils se réduisent à fort peu de chose. Un premier texte que nous trouvons indiqué et traduit dans Meissner : *Beiträge zum altbabylonischen Privatrecht*, p. 145, nous dit : « Wenn in einem eingeschlossenen Hofe Unordnung entsteht und z. B. ein Löwe etwas frisst, hat sein Wächter dafür aufzukommen. » Malheu-

reusement ce texte nous semble identique à l'article 266 du code d'Hammourabi qui dit précisément le contraire suivant la traduction de Scheil et dans l'espèce c'est le sens indiqué par ce dernier qui paraît bien être le bon.

Meissner (même ouvrage) nous dit également, p. 11, pour le cas de louage de services, disons le mot juste : pour le louage de personnes : « Wenn ein Mensch einen Slaven oder Mietsslaven mietet, und er stirbt oder durch ein Unglück, durch Arbeitsunfähigkeit oder Krankheit verloren geht, so soll er seinen täglichen Lohn 10 Ka Getreide zumessen. » Il en tire la conclusion que : « Wenn dem Lohnarbeiter während seines Aufenthalts bei ihm irgend ein Unglück zustieß, musste der Mieter dem Vermieter eine Entschädigung bezahlen. » Mais la portée de cette phrase est bien restreinte si cette indemnité n'est que de 10 Ka et si c'est là seulement le salaire d'une journée de travail. En ce qui concerne les réparations de maisons, nous n'avons plus rien trouvé dans le code d'Hammourabi. Du reste ce qui dans ce texte était relatif au louage des maisons a été effacé. (V. *Scheil. dél. Perse*, t. 4, p. 12 et p. 48). Meissner nous dit (*eod. loco*, p. 12) que le locataire en était tenu. Il s'appuie à cet effet sur un texte qu'il traduit. « So lange er (le locataire) im Hause wohnt, wird er die Balken des Hauses machen und die Mauer bauen. » Mais deux mots importants sont

supposés, ce qui réduit beaucoup la valeur de cette phrase. D'ailleurs les maisons à la campagne étaient très sommaires ; ces réparations pouvaient être considérées comme des charges d'entretien. Il arrivait parfois comme nous le verrons plus loin que le locataire apportait en emménageant une partie de la maison, poutres, toit et les reprenait en s'en allant ; de sorte que la maison n'était qu'à demi immeuble.

Nous avons ici à relever un type de contrat que nous trouvons indiqué dans le code d'Hammourabi. Article 100 et suivants. Il s'agit d'un contrat passé entre un négociant en gros et un « Shagan-lal ». Nous traduisons le mot « Shagan-lal » par porte-balle (d'après l'explication donnée par Scheil *loc. cit.*, p. 53 en note. Scheil traduit « commis » ; nous n'employons pas le même mot, parce que « commis » éveille au point de vue juridique des idées qui ne correspondent pas à la situation.) Le marchand de gros a mis à la disposition du porte-balle un capital ; malheureusement on ne peut pas savoir à cause de la mutilation de la pierre dans les articles précédents si le négociant est rénuméré à taux fixe ou au contraire par une part de bénéfices. L'article 100 contient le mot « si-ba-a-at » qui veut dire intérêts, mais peut-être ce mot aurait-il pu également bien être employé dans le cas d'une commandite. Mais ne nous inquiétons pas davantage de ce point actuellement insoluble. L'article 101 nous dit que si le porte-balle

n'a pas fait de bénéfices il devra rendre l'argent et l'article 102 qu'il devra rendre le capital quand même il aurait subi une perte (1). Mais l'article 103 dit que si sur sa route le porte-balle a été attaqué et dévalisé par l'ennemi, il se libérera par son serment. Ce dernier article est très curieux en ce qu'il nous montre la libération par cas fortuit du détenteur dans un cas où le capitaliste n'est pas propriétaire.

Dans le droit babylonien de l'époque postérieure nous trouvons peu de chose. Un document (Cambyse 379) qu'on trouvera analysé succinctement dans Kohler und Peiser. *Aus dem babylonischen Rechtsleben*, t. IV, p. 55 (nous noterons cet ouvrage B. Rl.) nous montre que : « wenn der Slave flüchtig wird und also seine persœnliche Arbeit nicht leistet, hat der Schuldner statt dessen tæglich 5 Ka zu geben ». On trouvera encore un autre texte semblable *loc. cit.*, t. III, p. 30. Darius 431. Et aussi même page Darius 434. En ce qui concerne les réparations des maisons K. et P. nous disent (t. III, p. 5) que le locataire fait les petites réparations, apporte et enlève ses portes, enfonce ses poutres et a le droit de les reprendre à la fin de la location. Mais en réalité nous ne savons rien de bien certain sur ce point. Il suffira de lire

1. Scheil comprend « ana ta-ad-mi-iq-tim » avancé à titre gracieux. Il y a probablement là une nuance mal comprise ; il n'est pas vraisemblable en effet que le négociant rende au porte-balle un service gratuit.

Darius 25, 256 et 378 *loc. cit.*, t. III, pages 37 et 38) pour s'en rendre compte.

Un contrat plus intéressant à étudier à cette époque et dont nous avons déjà vu ailleurs les relations étroites avec le bail d'animaux, c'est la commandite. Le point très intéressant à retenir c'est qu'il semble bien que le commanditaire est responsable du capital. Nos auteurs (*loc. cit.* III, p. 46) disent expressément. « Der Commanditist bekommt einen Theil $1/2$ des Gewinnes. Dabei übernimmt der Gerant die Garantie für das Commendakapital. » On trouve en ce sens dans leur ouvrage deux jolis contrats, le premier tome III, p. 47 et le second tome IV, p. 77. On peut de plus pour corroborer cette opinion observer d'une part que ces contrats sont bâtis tout à fait sur le modèle d'une reconnaissance de prêt, et d'autre part nous avons vu dans le code d'Hammourabi que le porte-balle devait rendre le capital reçu intégralement même en cas de perte et nous avons fait remarquer qu'il s'agissait vraisemblablement d'une commandite.

En ce qui concerne le bail d'animaux proprement dit, nous avons aussi des exemples concrets. Nous en voyons deux dans B. RL. t. III, p. 44. (*Dar.* 257 et *Dar* 348.) Il s'agit de contrats d'animaux de pâture et non d'animaux de travail, ce qui les rend bien plus intéressants. Le profit doit se partager par moitié. Quand à la responsabilité du risque

la question est beaucoup moins nette. Justement sur ce point le texte dit quelque chose dont la traduction est incertaine. Mais ce qui est frappant c'est l'analogie d'allure de ces contrats avec celui de commandite. Par exemple le mot : « Mitbesitz » de Dar. 257 et 348 ne peut se comprendre que par comparaison avec « Compagnie ». Dar. 340 et 447, (ceux-ci t. III, p. 47).

De plus dans le bail d'animaux nous trouvons une chose que nous n'avions pas trouvée dans la commandite, l'indication du prix de l'animal et même c'est cette somme qui paraît faire la base principale de l'obligation du cheptelier. Dans ces conditions il semble que celui-ci doive subir le casus peut-être, pour le tout, tout au moins pour partie.

Sur le même contrat de « Viehverstellung » nous trouvons pour une époque intermédiaire entre les deux que nous avons étudiées quelques documents d'un haut intérêt. Ils ont été publiés et traduits assez récemment par Peiser et annotés au point de vue juridique par Kohler, sous le titre de : *Urkunden aus der Zeit der dritten babylonischen Dynastie*. Ce que Kohler dit, page 11, § 4, n° 6, nous semble assez justifié. Le risque ici paraît pour le tout à la charge de l'éleveur et la rémunération du bailleur est fixée à une tête pour trois, c'est-à-dire 33 o/o. (Evidemment pour une année, quoique le texte ne le dise pas.) « 3 Rinder hat er (le bailleur) gegeben

und 1 Rind auf den Namen wird er geben (le cheptelier), hat er gesagt. » n° 138, page 28. Pour la même époque attirons l'attention sur un petit passage du n° 135, page 26. Il s'agit du prêt à usage d'un chariot. A telle époque l'emprunteur le rendra avec ses accessoires « heil seinem Herrn ». Probablement veut-on dire par là que l'emprunteur supportera les risques ; mais ce n'est pas non plus certain (1).

Nous avons parlé ci-dessus d'un taux de $\frac{1}{3}$ = 33 o/o ; nous sommes amenés par là à nous demander quel était le taux d'intérêt en Chaldée. Voici en deux mots ce que nous savons à ce sujet. A l'époque ancienne il était, en principe, de 20 o/o ; parfois $16 \frac{1}{2}$ ($\frac{1}{6}$) seulement, ceci en ce qui concerne le prêt d'argent. Pour les prêts de denrées il était d'un tiers, 33 o/o, (v. Meissner *loc. cit.* p. 8 et aux textes p. 21 à 29 *passim*). Plus tard, à Ninive, nous trouvons un taux de $\frac{1}{4}$ soit 25 o/o. Les documents que l'on trouve traduits dans Oppert et Ménant, *Documents juridiques assyriens*, pages 155, 181, 193, 227, 233, 247, *in quantum fœnerabitur* (assez souvent l'intérêt était du tiers, p. 163, 188, il semble quelquefois

1. Il faut aussi probablement voir un bail de bétail dans le contrat qui se trouve dans Oppert et Ménant. *Documents juridiques*, p. 158, très intéressant en ce que là presque sûrement le cheptelier, l'Einsteller, a le risque total et que d'autre part la rémunération du bailleur paraît être du part.

s'élever à 100 o/o, v. en ce sens également Révillout. *La Créance et le Droit commercial*, p. 63) ne laissent pas le moindre doute à cet égard (1). En droit néo-babylonien le taux d'intérêt de l'argent est de 20 o/o. (Par exemple Kohler et Peiser *B. RL.*, t. IV, p. 52). « Pro Monat wird auf 1 Mine 1 Sekel Geld zu seinen Ungunsten anwachsen. »

Tel est sur la matière l'état de nos connaissances qu'on pourrait appeler positives. Sommé toute, nous ne voyons pas à l'époque de la conquête perse que les choses se soient modifiées d'une manière importante depuis le temps de la première dynastie de Babylone ; mais par-delà s'étend un laps de temps considérable et il est intéressant de savoir ce qu'on peut légitimement en penser en se basant sur le matériel d'études important que nous possédons. Seulement si au moyen des méthodes préhistoriques on peut arriver à une assez grande probabilité dans les hypothèses, en ce qui concerne la marche générale d'une institution, il ne faut pas perdre de vue que la plus grande réserve s'impose toujours en ce qui est relatif aux époques de transformation ou pour mieux dire à la vitesse de marche de l'institution ; celle-ci n'est jamais régulière ; elle est tantôt extrêmement rapide, tantôt au contraire elle devient pour ainsi dire nulle.

1. A la même époque l'intérêt était vraisemblablement le même en Chaldée. V. Oppert et Ménant, *loc. cit.*, p. 187.

Une première remarque que l'on peut faire, c'est que le mot « be-el » signifie à la fois : maître, propriétaire, bailleur et créancier ; cela montre d'une part la fréquence de nos contrats à l'époque primitive, constatations peu importante puisque le fait était évident *a priori* ; cela montre aussi l'identité de situation juridique du bailleur et du créancier, point beaucoup plus intéressant. De ce mot « be-el » il faut vraisemblablement rapprocher le mot « Bêl », le premier dieu de Babylone. Dans ce cas le passage serait évidemment l'idée de chef. De même le mot de « bi-la-at » signifie : le rapport, le revenu en général.

Un second point à remarquer c'est la forme du titre de contrat à Babylone. Il y a une forme type dans laquelle on tâche d'encastrier tous les contrats et on y réussit tant bien que mal. Notamment la reconnaissance de bail par le locataire rappelle celle de prêt d'argent (comparer par exemple l'un et l'autre dans les documents cités par Meissner) ; c'est comme elle essentiellement un acte unilatéral. La distinction des droits de propriété et de créance si rigoureusement faite par les jurisconsultes romains n'apparaît pas toujours nettement (1). Ainsi les

1. Comparer Révillout, *Les obligations en droit égyptien*, p. 91. Révillout considère ce fait comme constituant une des supériorités des droits orientaux sur le droit romain ; ce serait plutôt à notre avis une infériorité ; mais au fond c'est simplement la marque d'une évolution différente.

reconnaissances de prêt que l'on trouve dans Kohler et Peiser B. R. L. disent-elles ordinairement : tant d'argent appartient à X à recevoir de Y. En outre on peut voir que le mot « i-na-ad-di-in » (il donnera) s'applique aussi bien à des cas où il y a transfert de propriété qu'à d'autres où il y a remise matérielle de la chose. (V. par exemple code d'Hammourabi § 264 pour ce second cas ; pour le premier ils abonderaient.)

Si maintenant on passe à une critique minutieuse du code d'Hammourabi, ce qui nous est permis, attendu que nous nous trouvons là sur un terrain très ferme, nous pourrions encore arriver à des constatations corroborant ces premiers résultats.

La constitution politique ne nous apprend rien. Nous voyons bien en divers passages que les guerriers sont protégés pécuniairement par une inaliénabilité plus ou moins grande de leurs biens ; ce fait est susceptible de plusieurs interprétations et n'est pas à retenir. L'existence à côté des citoyens : *awilum*, d'une classe inférieure formée par les « Mash-en-kak nous est révélée par un certain nombre de passages, malheureusement tous relatifs au droit pénal. Les « Mash-en-kak » sont inférieurs au citoyen, supérieurs à l'esclave. (Scheil a partout traduit ce mot par « noble » ce qui est un contre-sens évident, sans d'ailleurs de raison assyriologique, voir p. 26 n. 1.) Nous ne savons rien de plus sur eux, et il n'y a rien

à tirer de là avec le matériel de connaissances actuel.

L'étude du nantissement sera peut être un peu plus profitable. Le code d'Hammourabi parle surtout d'une sorte de sûreté que du reste il n'organise pas, mais dont il règle certains détails. Cette sûreté, l'étude d'autres droits et tout spécialement du droit grec nous la font comprendre (1). C'est du contrat pignoratif ou d'une antichrèse avec relocation qu'il s'agit. Cette manière de voir se trouve du reste confirmée par les documents cités dans Kohler et Peiser B. Rl., t. III, p. 31. « Miethe ist nicht, zins ist nicht ». Cf. Révillout. *Créance et droit commercial*, p. 59. Quant au point de savoir s'il s'agit d'un contrat pignoratif ou d'une antichrèse avec relocation, c'est-à-dire quel est le propriétaire, c'est plutôt semble-t-il la seconde solution qui est la vraie ; car d'une part le prêteur est bien créancier, et d'autre part l'emprunteur continue à être appelé : « be-el eqli-ma », le maître du champ ; ce qui est intéressant c'est de voir l'article 48 nous dire que lorsqu'un champ est donné en garantie d'un prêt à intérêts (dans ces conditions) si par suite d'un événement fortuit la récolte de ce champ se trouve perdue, le débiteur n'aura pas d'intérêt à payer pour cette année. (On dit intérêt, il serait plus juste de dire loyer ; mais la confu-

1. Et en sens inverse le droit babylonien confirme certaines théories qu'on trouvera exposées ici même à propos du droit grec.

sion existait déjà à l'époque du texte) (1). Il est très remarquable qu'en définitive le créancier supporte le cas fortuit et cela dans un cas tout à fait normal, dans un cas même où loin de vouloir augmenter ses risques, le créancier a demandé une garantie immobilière.

En ce qui concerne le louage proprement dit l'article 45 nous dit que dans le cas de bail à ferme : « ana bilti » (mot à mot : à revenu, — ceci tend encore à montrer que la rémunération du « be-el » était primitivement fixée en fonction du capital fourni et non pas du résultat obtenu par l'exploitant, — par opposition à colonat partiaire ; « ana te-ip-ti-tim » ou encore « ana ir-ri-su-tim », mot à mot : à cultiver). Si le bailleur a déjà reçu le fermage, et qu'ensuite un sinistre (orage) a fait perdre la moisson, la perte est pour le laboureur. Si au contraire, dit l'article 46 le fermage a été payé ou bien dans le cas de métayage, le laboureur et le propriétaire se partageront le blé qui se trouvera dans le champ. La règle est par conséquent la même que dans le cas de prêt sur garantie immobilière. Le code d'Hammourabi ne contient rien qui fasse allusion à une garantie reposant sur

1. Preuve que ce contrat était connu de temps immémorial preuve par conséquent que la propriété individuelle du sol existait depuis un temps plus long encore. Lire l'article 49, ligne 41 il faut à notre avis comprendre et (pour loyer de) la ferme, et non pas (voire) la ferme.

des objets mobiliers ; nous n'avons pas non plus d'exemple de contrat de ce genre à cette époque, mais en droit néo-babylonien on en trouve un certain nombre d'exemples.

Cela semble être de la plus parfaite logique, le créancier est un véritable bailleur, il doit être traité comme tel. Si on y regarde de plus près il en est différemment. Le créancier n'a sur la chose qu'un droit résoluble ; même actuellement il ne paraît pas propriétaire puisque les textes continuent à appeler le débiteur « be-el eqli-ma ». On pourrait admettre qu'il pût à ce titre se retourner contre le débiteur pour raison de mauvaise récolte de sorte que ces deux réclamations s'éteindraient par compensation ; mais admettons au contraire que le créancier antichrésiste supporte les risques et tous les inconvénients de la propriété. Dans ces conditions voici à quel résultat surprenant on arrive en pratique avec ce système. Comparons les deux situations suivantes. Dans les deux cas nous supposons une créance égale reposant sur une garantie réelle (antichrèse avec relocation) : 1° Le gage se compose uniquement d'une chose impérissable ; 2° Le gage se compose de la même chose impérissable et en outre d'une autre périssable. Dans le second cas la garantie devrait être plus forte que dans le premier et en réalité elle est plus faible. Mais laissons ces considérations un peu subtiles, surtout pour un contemporain d'Ham-

mourabi ; le mobile qui a guidé l'identité de règles n'est pas au fond l'identité de situation juridique ; c'est tout simplement l'identité de situation économique. Dans les deux cas il y avait mise par un capitaliste d'un capital à la disposition d'une personne désireuse de l'employer et le faire valoir ; il y avait une certaine similitude dans les situations de droit ; on n'a pas recherché plus loin et on a donné la même règle. Mais cette constatation est quand même intéressante.

Car en principe et presque certainement à l'origine d'une manière générale, c'est l'emprunteur qui supporte les risques ; il s'est donc fait une évolution dans le sens de l'aggravation des charges du « be-el » prêteur, on est donc amené à penser qu'à une époque probablement encore plus ancienne il a pu se passer un phénomène parallèle pour le « be-el » locateur et que par suite en sens inverse le locataire devait originellement supporter les risques.

En ce qui concerne l'importance probable à l'origine du bail de bestiaux, nous pouvons d'abord noter l'existence du taux de 33 o/o dans les prêts de céréales. Or, le code d'Hammourabi établit ses tarifs tantôt d'après une monnaie en numéraire, tantôt d'après des mesures de blé. Divers détails nous montrent que la monnaie de blé était des deux la plus ancienne, et même nous voyons que le numéraire était encore assez peu abondant au temps

d'Hammourabi ainsi qu'en témoigne l'article 51. On peut donc être amené à admettre qu'ici le taux d'intérêt des prêts en céréales est probablement le plus ancien ; or c'est le taux qu'on pourrait appeler le taux naturel du bail de bestiaux ; nous le voyons du reste expressément stipulé dans le contrat *Urkunden aus der Zeit der dritten Dyn. Peiser*, p. 26 cité plus haut.

Il est bon de remarquer que le code de Hammourabi est muet sur le bail de bestiaux ; aussi ce contrat quand il se présente à nous sous forme de documents concrets doit chercher à revêtir la forme d'un contrat reconnu. La forme suivant laquelle il tend à s'adapter est celle du prêt et quelquefois de la commandite et non pas celle du louage, ce qui au point de vue de la question des risques est parfaitement significatif, et nous indique du même coup le caractère archaïque qu'avait déjà cette convention dès le début de la première dynastie de Babylone (en plaçant celui-ci vers le xxv^e siècle avant J.-C.).

Au surplus si le code de Hammourabi ne nous parle dans ses articles 261 et suivants que du louage de services du pâtre, nous devons remarquer que certains détails qu'il donne ne s'expliquent bien que dans le cas d'un bail de bestiaux et non d'un contrat de travail, indiquant que le rédacteur a puisé à des sources qui parlaient du premier de ces deux contrats et non du second. C'est d'abord l'article 263 ordonnant la restitution en nature. Le pâtre du code

d'Hammourabi est un individu sans fortune personnelle, louant toute sa force de travail et ne recevant en salaire que du blé (et peut-être aussi des laitages); dans ces conditions la restitution en nature se comprend mal. Ce qui se comprend encore plus mal ce sont les conventions relatives au croît et aux produits auxquels nous trouvons une allusion dans l'article 264; autant on trouverait naturel de les rencontrer dans un bail de bestiaux, autant on s'étonne de les rencontrer dans le cas des articles 265 et suivants.

Tel est l'ensemble des indications que nous avons pu tirer, tant du code d'Hammourabi que des autres documents que des particularités linguistiques. Tout concorde pour faire penser qu'à l'origine le bail de bestiaux devait jouer un rôle important, que l'intérêt devait alors être du tiers et les risques à la charge du preneur.

LES HÉBREUX

Au temps de l'Exode, les Hébreux menaient une vie semblable à celle des Bédouins. (Maspéro. *Histoire ancienne* [petite] édit. 1905, p. 357. — Renan. *Histoire du peuple d'Israël*, t. I, p. 21.) Ils étaient pasteurs, nomades ou demi-fixés. Ils habitaient sous des tentes en poil de chameau, ou même dans des maisons, mais construites très sommairement. (Renan, 1.21.) Arrivés en Chanaan ils subirent de longues luttes contre les habitants du pays, les Chananéens, peuple qui appartient au groupe des Phéniciens. D'après Renan à l'origine les Hébreux ne connaissaient pas le cheval ni les véhicules à roues (1.22). Mais les Chananéens connaissaient dans tous les cas l'un et l'autre (Maspéro, 365). Les Hébreux durent encore soutenir de nombreuses guerres contre d'autres peuples. — Ils se fixèrent de plus en plus ; mais l'agriculture ne tua pas l'élevage et tous deux subsistèrent côte à côte. L'inceste était pratiqué chez les premiers Hébreux (au début de la période historique) ; Sarah, femme d'Abraham, était en même

temps sa sœur consanguine. (Genèse, XX, 12. Passage relevé par d'Arbois de Jubainville. Le mariage avec la sœur consanguine. *N. R. hist.*, 1904, p. 91.

— Se rappeler aussi l'histoire de Lot et de ses filles. Genèse, XIX, 30 à 38.) Il fut plus tard sévèrement prohibé, comme bien on pense. (Deutéronome, XXVII.)

— Fait remarquable ils semblent n'avoir jamais eu de goût pour le duel, et cela à la différence de la plupart des peuples qui les entouraient. (V. Maspéro. *Contes populaires de l'Egypte ancienne (les aventures de Sinouhit*. Papyrus de Berlin, n° 1), p. 104.

— Sur les Arabes v. le *Roman d'Antar*.) Il y a cependant la singulière histoire de la lutte entre El et Jacob qui pourrait nous faire supposer qu'il en avait été peut-être autrement à une époque très reculée. Quelques mots de la religion. Le Dieu primitif était El (Renan, notamment p. 104 et 105). Renan en fait une peinture idyllique ; son culte aurait été doux et miséricordieux. En réalité nous ne savons rien sur ce dernier point. Quoi qu'il en soit Israël changea de bonne heure le nom de son Dieu et l'appela Iahvé (qu'autrefois on prononçait à tort Jéhovah) ; pour Iahvé nous connaissons le caractère primitif de son culte ; culte fort peu avancé. C'est le feu que Iahvé représente. On lui offre les premiers nés (Renan, p. 120). En d'autres circonstances encore on pratique le sacrifice humain. Le cas le plus connu est celui d'Abraham et Isaac. Plus tard

naturellement tout cela se modifia. Iahvé s'adoucit de plus en plus, etc. On a depuis longtemps noté des analogies, dont quelques-unes assez frappantes avec les religions de la Chaldée. Mais « l'idée d'un emprunt général, direct et simultané que la tradition israélite aurait fait à la tradition chaldéenne soit par les premiers ancêtres des Hébreux, soit plus tard par suite des relations qui existèrent entre les empires mésopotamiens et la Palestine ne supporte pas la discussion. » (Loisy. *Les mythes babyloniens et les premiers chapitres de la Genèse*, p. IX.) Dans tous les cas un fait curieux est qu'Israël ne fut jamais véritablement polythéiste ; à plusieurs reprises il eut des tentations sur ce point ; mais n'y succomba jamais.

Il est temps d'arriver aux documents juridiques. Le plus important de tous, l'unique pourrait-on dire, car les autres n'en sont guère que des gloses, c'est la Bible. La Bible a en effet un double caractère ; c'est une épopée et un code. Formée par la superposition de travaux d'un grand nombre d'hommes dont nous ne savons rien elle resta orale pendant fort longtemps ; puis peu à peu on la rédigea par écrit ; le plus gros en était fait dans la première moitié du ^v^e siècle d'après Maspéro (*Petite Hist. anc.*, p. 781.) [On lira avec intérêt l'article « Bible » de Maurice Vernes dans la *Grande Encyclopédie*.] Parmi les versions que nous en possédons il y en a trois prin-

cipales : la Massore ou version hébraïque traditionnelle, la Vulgate de Saint-Jérôme, et la version des Septante ; celle-ci paraît la plus importante. (V. Loisy. *Histoire critique du texte et des versions de la Bible.*) Au bout de quelques siècles on s'aperçut que la Bible ne donnait pas la solution expresse de toutes les questions juridiques et qu'elle avait besoin d'être expliquée et commentée. Ce commentaire ne fut pendant longtemps pas écrit et on l'appella Mischnah qui signifie loi orale par opposition à la Bible qui représentait la loi écrite. A son tour la Mischnah fut rédigée par écrit ; à son tour elle qui n'était qu'une glose fut glosée. Les gloses de la Mischnah formèrent la Ghemara. L'ensemble de la Mischnah et de la Ghemara donna le Talmud. Mais il se forma deux Talmuds ayant même Mischnah, mais une Ghemara différente. Du reste la Ghemara ne devint pas une loi comme la Mischnah ; ce sont des *responsa prudentium*, des avis de rabbins autorisés. L'un des deux Talmuds ayant été écrit par l'école palestinienne, prit le nom de Talmud ereç Israel, nous l'appelons aujourd'hui dans la langue courante : Talmud de Jérusalem ; l'autre fut rédigé par les Juifs de Babylone ; celui-ci pour les Israélites actuels est le représentant indiscuté de la tradition. (V. Talmud. *Grande Encyclopédie.*) De l'un et de l'autre côté le texte ne se fixa pas d'un seul coup ; on peut considérer que la formation en dura du ⁱⁱe au ^ve siècle de notre ère.

Les traductions que nous suivrons ici sont pour le Talmud de Jérusalem celle de Schwab et pour le Talmud de Babylone celle de Rabbino-wicz. (*Rabbino-wicz. Législation civile du Thalmud.*) (1).

Si on étudie en général les contrats basés sur l'obligation de rendre, dans la Mischnah le fait qui frappe d'abord est la prohibition de l'intérêt. Sur cette question en dehors des textes eux-mêmes nous avons trouvé soit des explications, soit des vues intéressantes, dans 1° Rabbino-wicz, *Législation civile du Thalmud*, tome 3 (baba mecia); 2° quelques notes de Cahen : la Bible; 3° quelques notes très maigres dans la traduction du Talmud de Jérusalem de Schwab. — Cohn a écrit dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, année 1905, (tome 18), un article intitulé : « Das Wucher in Talmud, seine Theorie, ihre Entwicklung », (pages 37 à 73).

La méthode qui viendrait immédiatement à l'esprit serait celle d'étudier d'abord quelle a été la théorie originaire des Hébreux et de suivre pas à pas l'ordre chronologique. Nous ferons l'inverse, nous suivrons l'ordre chronologique à rebours. En effet ce que nous connaissons vraiment bien ce sont les Talmuds; pour la Bible les données sont sen-

1. C'est par un lapsus que Dareste. (*Etude d'histoire du droit*, p. 19, n° 2) dit que le Talmud traduit par Rabbino-wicz est le Talmud de Jérusalem.

siblement moins nettes ; pour la période anté-biblique les renseignements ne peuvent plus nous être fournis que par les méthodes indirectes. Suivant la Mischna la Bible défendait le prêt à intérêt et ensuite les rabbins ont interdit comme usuraires des contrats qui s'en rapprochaient et qui arrivaient au même but. D'où par suite il y aurait pour le *foenus* prohibition biblique, pour les autres contrats interdits prohibition rabbinique. Si on cherche quels sont les caractères constitutifs de l'usure dans la forme généralisée que nous lui voyons dans le Talmud, nous pouvons dire : Dans tous ces contrats une personne A remet (ou laisse) à une autre B la disposition pour en jouir, d'un capital, dans des conditions telles que B supporte les risques de la chose et que A stipule de B une rémunération pour la jouissance du capital. (Rab Nachman disait pour l'attente, sauf les cas exceptionnels où le loyer n'est pas proportionnel au temps, cela revient au même) (1).

Ainsi donc il faut pour que l'interdiction s'applique la réunion des trois conditions suivantes :

1° — remettre (ou laisser) un capital à la disposition d'une autre personne.

1. Ainsi que Cohn l'a très bien remarqué la prohibition rabbinique s'applique surtout à des contrats de vente ou de louage.

2° — celui qui joue le rôle d'emprunteur (B) doit supporter les risques;

3° — une rémunération au profit de celui qui joue le rôle de prêteur A.

Le premier point ne demande pas d'explications. A propos du second, disons que dans certains cas il suffit parfois que B ait une partie des risques quand d'après les règles ordinaires il n'en aurait pas du tout. Le troisième point ne demande pas d'explications (1) Evidemment ce n'est pas avec la connaissance de ces trois règles qu'on pourra déterminer à coup sûr si un contrat est ou non prohibé, le second caractère étant très mal fixé ; mais il suffit de lire les Talmuds particulièrement celui de Babylone pour voir que sur ce point les rabbins étaient loin d'être toujours d'accord (2) Les contrats incriminés peuvent être ou non translatifs de propriété (3). Il convient d'ajouter ici que la prohibition de l'intérêt ne s'appliquait que pour les contrats conclus entre Israélites. Dès lors qu'un étranger est prêteur ou emprunteur le contrat est permis. La Mischna dit

1. Sur tous ces points nous supposons que le lecteur connaît les textes, savoir les trois principaux textes de la Bible et les deux Talmuds,

2. Pour ceux qu'intéresserait la question de l'usure dans les achats et ventes à terme de denrées agricoles, nous conseillons la lecture de Rabbinowicz, p. 259.

3. Cohn dit que la question des risques se éonfond en droit hébreu avec la question de propriété, p. 58 !

expressément (1) : « L'éleveur ne doit pas recevoir du petit bétail de fer d'un israélite, sous la condition de subir seul les dommages et les pertes et de partager le bénéfice, car c'est de l'usure. Mais l'éleveur peut le recevoir d'un païen. On peut donner l'intérêt à un créancier païen et on peut aussi lui prêter à intérêt. Il en est de même d'un prosélyte habitant (2). On peut prêter à intérêt l'argent du païen à un Israélite en le faisant sur la demande du païen (non à l'inverse). »

Dans ce fragment où presque tout est à retenir pour nous, ne relevons en ce moment que la troisième phrase. On peut donner l'intérêt. Il est évident pour un esprit non prévenu qu'il s'agit là du prêt à intérêt. C'est du reste l'avis du Talmud de Jérusalem ; on trouve d'assez nombreuses traces de cette idée dans le Talmud de Babylone. Seulement dans le Talmud de Babylone la théorie dominante est qu'on peut bien emprunter à intérêt à un païen mais qu'on ne peut pas lui prêter dans les mêmes conditions. Suivant les rabbins de Babylone ce qui serait permis à l'Israélite vis-à-vis d'un païen ce

1. « Baba Mecia » chap. V. 4 (r) notation $\frac{1}{2}$ de Schwab., p. 301 dans Rabbinowicz.

2. « Gher toschab » v. Rabbinowicz, p. 307 et p. XXII
L'expression paraît avoir changé plusieurs fois de sens et à la fin n'est plus très bien comprise,

serait l'intérêt rabbinique (1). Il n'y a aucun doute que cette théorie ne soit en contradiction formelle avec la mischna. Mais elle est cependant à retenir puisqu'elle avait force de loi pour les Juifs de Babylone. Les Juifs de Jérusalem eux-mêmes n'ont pas adopté cette opinion et en sont restés à la théorie mischnique. Cette théorie au premier abord singulière de la ghemara de Babylone n'est au fond que la continuation, le progrès de l'interdiction du prêt à intérêt, comme telle elle est à noter. Il se peut qu'elle ait trouvé son point d'appui dans la dernière phrase ; les mots non à l'inverse que nous avons mis entre parenthèses et qui se trouvent dans le texte de Jérusalem et non dans l'autre sont susceptibles de plusieurs sens. Le plus probable est celui de la glose de Jérusalem ; dans ce cas cela voudrait dire que l'israélite ne peut pas prêter en son propre nom l'argent du païen (2). Un autre sens était possible et devait paraître assez naturel ; non à l'inverse pour-

1. Rabbinowicz, p. 302, — en note Rabbinowicz croit qu'il justifie la manière de voir des Juifs de Babylone.

2. Pour Babylone v. p. 306 ce passage est intéressant parce qu'il expose d'abord la théorie simple comme le Talmud de Jérusalem. A partir de la seconde moitié de la p. 306 jusqu'au milieu de la page 307, il entre dans des explications et des objections dénuées de toute espèce de bon sens (le fait est du reste fréquent dans le Talmud surtout dans celui de Babylone) ; mais dont la tendance est très nette dans le sens de l'aggravation de la prohibition d'intérêts.

rait signifier qu'un Israélite ne peut pas prêter l'argent d'un autre Israélite à un païen. De là à en conclure que ce qu'il ne pouvait pas faire pour un autre Israélite, il ne pouvait pas le faire pour lui-même il n'y avait qu'un pas ; nous ne trouvons pas trace de cette idée dans le Talmud de Babylone. Il n'est cependant pas impossible qu'elle ait été le prétexte de la tendance d'augmenter la prohibition de l'usure.

Maintenant que nous connaissons le sens de la marche de cette interdiction nous allons en remonter le courant. On nous a dit que la prohibition du prêt à intérêt se trouvait dans l'ancien Testament. L'Ancien Testament se compose, comme nous le savons, de deux éléments. 1^o le Pentateuque, 2^o tout ce qui n'est pas le Pentateuque. Le Pentateuque est la partie essentielle, le reste n'est que l'accessoire. Tandis que sur le Pentateuque les trois versions se suivent de près, les divergences sont souvent ailleurs très importantes. Le Pentateuque a joui à toute époque d'une autorité beaucoup plus considérable que les Prophètes, les Psaumes et les Proverbes. La tradition dit que le Pentateuque a été composé par Moïse et que les autres morceaux sont postérieurs. En fait, il est reconnu d'une manière unanime, pourrait-on dire, que la très grande majorité de ces autres morceaux est réellement postérieure au Pentateuque. Aussi ac-

cordérons-nous à celui-ci une valeur infiniment supérieure au reste des œuvres de l'Ancien Testament.

Parmi ces textes ceux en dehors du Pentateuque à la place de Pentateuque disons maintenant plutôt Bible) sont maintenant. — Psaumes XV. 5. — (sera heureux après la mort) celui qui n'a point donné son argent à usure... Proverbes XXVIII. 8. — Celui qui accumule des richesses par des usures et des intérêts les amasse pour un (homme) libéral envers les pauvres. — Ezéchiel XVIII. 8. 13 et 17. — Néhémie chapitre V (en ce qui concerne les passages d'Ezéchiel il est impossible d'en tirer une conclusion il y a là mélangés des préceptes de droit et de morale, on ne peut pas y démêler si la prohibition d'usure a un caractère moral ou au contraire juridique. — En ce qui concerne Néhémie le langage y est obscur et symbolique, ce texte doit semble-t-il s'analyser dans la réprobation purement morale du prêt à intérêts qui engendre l'esclavage pour dettes. Ce serait donc là la preuve que le prêt à intérêts était permis.

Le passage des Proverbes dénote bien du reste aussi que le prêt à intérêts n'est pas interdit.

Si maintenant nous arrivons à la Bible proprement dite, nous voyons que la prohibition en question se trouve dans trois passages. — Exode XXII. 24. — Lévitique XXV. 35 et 36. — Deutéronome XXIII 20 et 21.

Commençons par *Deutéronome* : « Tu ne prendras

pas d'intérêts de ton frère ni pour argent, ni pour aliments, ni pour aucun objet que tu auras prêté ; de l'étranger tu prendras de l'intérêt, tu n'en prendras pas de ton frère. »

Lévitique : Texte massorétique : « Si ton frère décline et que sa main fléchisse près de toi, soutiens-le ; l'étranger et le domicilié, qu'il vive avec toi. — Ne prends pas de lui d'intérêt ni de surcroît ; crains ton Dieu, et que ton frère vive avec toi. »

Id. Septante : « Si ton frère (qui habite avec toi) est pauvre et est infirme de ses mains chez toi, tu le secourras comme un étranger et un hôte, et ton frère vivra avec toi ; tu ne prendras pas de lui intérêt ni surplus (sur le capital) et tu craindras ton Dieu, moi le Seigneur, et vivra ton frère avec toi. Tu ne lui donneras pas ton argent à intérêt et tu ne lui donneras pas les aliments à charge de surcroît. »

La Vulgate donne sur ce point un texte qui ne diffère que par des détails sans aucune importance de celui des Septante.

Exode : Massore : « Si de l'argent tu prêtes à mon peuple à mon pauvre chez toi ne sois pas envers lui comme un usurier (1) ne stipule contre lui aucun intérêt. »

Vulgate : « Si tu prêtes de l'argent à mon peu-

1. Ou simplement prêteur à intérêts. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

ple pauvre qui habite avec toi, tu ne le presseras point comme un exacteur, et tu ne l'accableras point d'usures (1).

Septante : « Si tu prêtes de l'argent à (ton) frère au pauvre chez toi, tu ne le presseras (2), tu ne lui imposeras pas de l'intérêt. »

Il reste maintenant à faire la critique de ces textes. Il y a d'abord pour le Lévitique l'absence du mot : « comme » dans le texte hébreu traditionnel qui selon toute vraisemblance se trouvait dans le texte hébreu des Septante et dans celui de saint Jérôme. Il y a deux raisons très fortes de repousser ici la version massorétique : c'est que le passage du Lévitique serait alors en contradiction avec celui du Deutéronome, le premier défendant, le second permettant de prêter à intérêt à un étranger. La seconde raison est que nous avons vu que la prohibition de l'intérêt a toujours été en s'aggravant et que par suite il est invraisemblable qu'on ait d'abord défendu de prêter à intérêt aux païens pour le permettre ensuite.

En ce qui concerne maintenant le passage de l'Exode la question est beaucoup plus délicate. Remarquons d'abord que le texte de saint Jérôme

1. C'est la traduction de Glaire. Glaire-Vigouroux. Sainte-Bible.

2. οὐκ ἐσθι αὐτον κατεπειγων

paraît identique au texte massorétique. Par contre le texte des Septante diffère d'une manière sensible ; mais lequel adopter ? On peut remarquer que la version donnée par les Septante, version qui sur tout le reste du chapitre suit admirablement le texte hébreu, s'est écartée ici brusquement pour revenir le suivre aussitôt après ; la différence ne tient donc pas à une mauvaise traduction du texte hébreu. Le texte massorétique est au contraire ici tout à fait simple et n'offre aucune difficulté. L'adjectif possessif *mon* qui est répété à la fin des deux mots *peuple* (*genus*) et *pauvre* n'est pas du tout indiqué dans les Septante ; il en est de même du mot *usurier* que saint Jérôme a traduit par *exactor*. Le texte des Septante était donc différent de notre texte hébreu (1). Si c'est la Bible qui défend le prêt à intérêts il ne peut s'agir de flétrir les usuriers, or si *noschah* a simplement le sens de prêteur à intérêts ce membre de phrase n'a aucune utilité et ne fait que dire d'une manière moins claire ce qu'il va répéter au membre de phrase suivant. De plus et surtout dans les deux autres passages le terme employé pour désigner la personne vis-à-vis de laquelle l'intérêt est interdit est le mot *frère* ; il est fortement vrai-

1. Il faut encore noter ici que notre texte hébreu présente une anomalie : prêter s'y construit ici avec l'accusatif au moyen de la préposition accusative ל ל ; or cette préposition est graphiquement presque identique à ל ל qui signifie frère.

semblable qu'il en est de même ici. Le mot frère est susceptible en hébreu d'un certain nombre de sens plus ou moins étendus. Il peut notamment à l'opposé l'un de l'autre signifier enfants du même père ou de la même mère, et simplement individus d'un même peuple : frères en Israël.

Or, ici il n'y a aucun doute, d'une part que les rabbins du temps de la Mischna considéraient que le mot frère avait ici le dernier de ces deux sens. Il est fort possible que du temps de la traduction des Septante on donnait déjà au mot frère dans les trois passages cités le sens de compatriote ; c'est cependant beaucoup moins sûr. En fait les quatre passages des prophètes que nous avons cités plus haut nous montrent que ces prophètes réprouvent le prêt à intérêt comme immoral et sont par là la preuve que le contrat n'était pas prohibé par la loi. En effet si la loi ne peut pas empêcher la réalisation d'un fait brusque comme un meurtre ou un vol, il en est tout différemment d'un contrat qui par sa nature même doit durer un certain temps ; il est bien évident que si le prêt à intérêt avait été prohibé il suffisait au débiteur de refuser de payer l'intérêt au moment de l'échéance. Sans doute en pareil cas il est facile de cacher l'intérêt ; mais justement si de pareils procédés avaient été pratiqués ils n'auraient pas manqué d'être dénoncés par ceux là même qui voulaient empêcher l'usure et il n'en est rien. C'est

donc qu'à cette époque le mot frère n'avait pas dans les trois passages bibliques le sens de compatriote. Il avait donc par suite un sens plus restreint soit celui de frère dans son sens propre, soit tout au plus celui de membre de la famille. Du reste dans le passage du Deutéronome sus indiqué où il est dit : « de l'étranger, tu prendras de l'intérêt », le mot employé pour désigner étranger est le mot que les Septante traduisent très exactement *αλλοτριος*, mot dont le sens est très large et qui signifie simplement un autre (et par suite à la fois le sens de *alius* et *alienus*).

Remarquons encore que ce dernier passage : « de l'étranger, tu prendras de l'intérêt », n'est pas un conseil par Moïse aux enfants d'Israël de mettre les étrangers en coupe réglée. On connaît les sentiments de la Bible à cet égard. Si le texte dit : de l'étranger, tu prendras de l'intérêt, c'est que la forme normale et ordinaire du contrat est le prêt à intérêt (1).

Remarquons encore que nous possédons une législation qui contient à un stade moins avancé (2) la prohibition de prêt à intérêt ; c'est le droit Khmer. Nous verrons plus loin que celui-ci ne prohibe l'intérêt qu'entre membres de la même famille.

Remarquons enfin combien il est peu vraisemblable

1. Cf. Deutéronome, XXVIII, 44.

2. Moins avancé que la forme sous laquelle les docteurs du Talmud se représentent l'Écriture Sainte.

ble *a priori* de croire que l'intérêt s'est trouvé d'un seul coup prohibé à l'égard de tous les Hébreux. Le prêt à intérêt n'a pas de caractère antisocial comme le meurtre ou le vol. Il peut mener dans certains cas à des conséquences regrettables, dont la plus ou moins grande fréquence, le plus ou moins d'importance dépend beaucoup des conditions économiques et qui notamment a dû d'abord paraître fâcheux quand il entraînait l'esclavage pour dettes et la vente de membres de la même famille et cela devait arriver assez souvent entre frères quand on songe que l'aîné en principe prenait les deux tiers à la mort du père.

Ne serait-il pas possible de remonter encore plus haut ? La Bible est le texte hébreu le plus ancien que nous possédions, et naturellement pour chercher ce qu'il pouvait y avoir auparavant il faudra changer de méthode. La méthode des légendes ne nous donne rien ici. Un fait a frappé les hébraïsants dès le début et a été même favorable au développement de la prohibition de l'intérêt, c'est l'identité des mots : morsure et intérêt ; c'est le mot נשך. Mordre et prêter à intérêt sont un même verbe qui métaphoriquement donne par une évolution bien naturelle le sens opprimer. Tout cela n'est pas de nature à favoriser le contrat en question. Mais entrons davantage dans le problème. Relevons tous les mots commençant par נש sans nous inquiéter en ce mo-

ment si la seconde lettre est un sin ou chin, en voici la liste ci-dessous (1). Tous ces mots sont-ils de la famille, admettons que nous n'en savons rien. Il y a alors à noter que le mot נשׂא signifie à la fois : prêter, négliger, oublier. L'idée qui prédomine à cette formation est manifeste, c'est l'idée de délai. D'autre part les deux verbes qui signifient prêter sont très vraisemblablement de la même famille. Voilà donc trois idées de la même famille ; prêt à intérêt, mordre, délai. D'un autre côté la présence d'un mot ayant sens de *osculari* indique très probablement la parenté avec *mordere* ; cette parenté montre à son tour que le mot voulant dire mordre ne contenait pas au début l'idée de dureté et de cruauté que celui-ci présente. En effet l'hébreu plus récent connaît une expression à retenir : manger la morsure pour prendre l'intérêt. Mordre c'est donc primitivement manger. Quant à l'idée de baiser elle s'harmonise très bien avec l'idée de manger. (Comparer notre expression manger de baisers.) D'autre part en arabe le mot نשר qui est le mot hébreu morsure signifie or ou argent. On admet encore que le mot arabe نשא qui signifie

1. נשׂא porter	נשך mordre, prêter à intérêt
נשאת don	נשכה maisonnette, endroit fermé
נשיא prince, chef	נשל jeter dehors
נשא oublier, prêter	נשמה souffle, esprit
נשה oublier, prêter,	נקש disposer, amer, embrasser
emprunter	נשר aigle

il a différé est encore de la même famille. L'intérêt est donc la chose qu'on mange, particulièrement la viande comme l'indique le mot aigle נשך. Il semble donc par conséquent que là comme ailleurs le prêt d'argent à intérêts a été d'abord un bail d'animaux. La détermination des caractères de ce bail d'animaux se fera peu à peu dans ce qui va suivre. Mais auparavant nous voudrions noter le parallélisme qu'on trouve entre la famille de mots hébreux que nous venons d'étudier et deux séries de mots, l'une latine, l'autre germanique. Nous avons déjà eu l'occasion de noter que le mot merces loyer venait de merx dont le sens primitif est denrée alimentaire. Nous avons même eu l'occasion à ce sujet de faire une comparaison avec le droit irlandais. Nous voulons du reste simplement noter le parallélisme d'un groupe de mots graphiquement analogues entre eux avec le groupe de mots hébreux que nous venons de citer, ce sont les mots « merx, merces, mordere, mora, mas, mars, marcus, mors ». La construction dans tous est la même, *m*, une voyelle, *r*, ensuite *c*, *s*, *d* ou *t*, enfin une désinence... « merces » le loyer est la chose qu'on mange « morsum » au bout du temps convenu « mora ». La série de mots germaniques est également très curieuse.

Nous livrons nos remarques telles quelles sans en tirer expressément aucune conclusion pour le moment. Voici les mots en question.

- Suédois : bit allemand bissen. — Morceau, bouchée.
 Suédois : bita allemand beissen. — Mordre.
 Suédois : bot allemand büsse (gothique) Bot. — Sens primitif : réparation, indemnité.
 Suédois : bæsta allemand best (gothique) bæste. — Superlatif de bon, le mieux.
 Suédois : bida Attendre.
 Suédois : bjuda allemand bieten. — 1^o offrir ; 2^o ordonner.
 Suédois : bedja allemand bitten (gothique) Bidia. — Demander, prier.
 Suédois : beta brouter.
 Islandais : bæ ð bataille. — (Gothique beta). — Chasser.
 Islandais : byta donner.

Responsabilité. — Nous avons vu quelle a été la marche de la prohibition d'intérêts ; elle avait d'abord sa raison d'être ; mais elle a continué à se développer d'une manière progressive longtemps après qu'elle avait perdu toute espèce de signification ou tout au moins longtemps après avoir dépassé son but. En ce qui concerne la responsabilité des gardiens, c'est-à-dire en ce qui concerne la détermination de la personne sur laquelle doit tomber la perte fortuite s'il s'en produit une, nous connaissons l'évolution qui a été suivie. Au début responsabilité complète du gardien, à la fin responsabilité complète du bailleur. Ici comme ailleurs nous n'avons aucun texte qui nous éclaire sur cet état primitif dont nous parlons ; mais la Bible est à tout prendre encore assez peu avancée pour être fort intéressante

comme nous allons le voir tout de suite. C'est dans l'Exode chapitre XXII que la question se trouve traitée. Deux contrats sont nettement distingués : la garde et le prêt. Les versets 6 et 7 nous disent que pour le dépôt d'argent ou de vases (au sens général pièces de mobilier) la perte en cas de vol tombe sur le maître, à charge par le gardien de jurer qu'il n'a point mis la main sur le bien de son prochain. S'agit-il maintenant de la garde d'un animal domestique la règle est légèrement différente, mais d'une manière qui n'est pas très nette. « Si, disent versets 9 et suiv. la bête meurt, se blesse ou est enlevée (les Septante disent αιχμαλωτον qui signifie capturé, razzie, pris en butin par les ennemis) et que personne ne l'ait vu, le serment de Jahveh interviendra entre les deux pour savoir si le gardien n'a point mis la main sur le bien de son prochain ; le maître acceptera et il (1) ne paiera point. Mais si l'animal a été dérobé de chez lui, le gardien le restituera au propriétaire. Si elle a été déchirée il lui en apportera un témoignage et ne rendra pas ce qui a été déchiré. »

Donc en principe comme dans le cas précédent c'est le propriétaire qui supporte les risques, sauf dans le cas où l'animal est enlevé de chez le gardien,

1. Il peut aussi bien s'entendre du gardien comme on le comprend ordinairement, que du maître qui ne paierait point le gardien. V. Cahen à cet endroit.

peut être même s'il y a une petite interpolation plus généralement en cas de vol. Somme toute à part un détail la règle est la même pour les deux cas que nous venons de citer. On suppose ordinairement (1) que dans le premier cas la Bible a entendu parler d'un gardien gratuit et dans le second d'un gardien salarié. Nous dirons que la garde d'argent et d'objets mobiliers ordinaires nous apparaît comme un contrat gratuit et que d'autre part la garde des animaux était le plus souvent salariée (2), mais qu'évidemment la garde des animaux salariée qui est un louage de services ne peut pas convenir quand le maître confie la chose à un dépositaire pour la mettre en sûreté chez lui pendant un voyage, contrat qui devait se présenter assez fréquemment à cette époque à en juger par ce qui se passait chez les Arabes avant Mahomet. L'une des moallaqah antéislamiques a justement pour sujet au dépôt non pas d'animaux précisément, mais d'une jeune fille, de trésors et d'armes rares. C'est la légende de Samaroual (3). Comme nous le savons les Arabes de cette époque quoique plus avancés que les Hébreux du temps de la Bible au moins sur la plus grande partie des points avaient un genre de vie qui n'étaient pas extrême-

1. V. Cahen.

2. V. Genèse. XXIX. 15.

3. V. Basset. Poésie arabe antéislamique, p. 25.

ment différent. Or le texte biblique ne distingue pas si la garde est ou non salariée, et comme il y a un parallélisme évident entre la garde des animaux et la garde d'autres objets nous dirons que puisque le texte n'a pas fait cette distinction, nous qui interprétons la Bible nous n'avons pas non plus à la faire. Nous savons du reste que nulle part la garde salariée, c'est-à-dire le louage de services ne nous est apparu comme un contrat tout à fait primitif. Il y a ici à faire deux remarques : La première c'est que nous trouvons dans un autre passage du Pentateuque un cas de garde salariée d'animaux. C'est dans la Genèse l'histoire de Jacob et des troupeaux de Laban, histoire qui occupe les chapitres XXIX, XXX et XXXI. N'en retenons que les points intéressants pour nous. Laban dit à Jacob (1). « Parce que tu es mon parent me serviras tu pour rien ? Dis moi quel sera ton salaire ? On sait qu'il obtint successivement les deux filles de Laban : Rachel et Léa (2), ensuite il eut pour salaire du bétail. En ce qui concerne la détermination du bétail qui doit revenir à Jacob le récit n'est pas vraisemblable, aussi ne saurait-il avoir de valeur sur ce point.

Il en est tout différemment du passage où Jacob est poursuivi par Laban qui s'est aperçu qu'il avait

1. XXIX. 15.

2. Léa d'abord par une supercherie de Laban.

été volé. Après la constatation que les objets volés n'ont pas été trouvés dans la caravane de Jacob, celui-ci lui reproche sa conduite à son égard. Notamment relevons les versets 38 à 40 du chapitre XXXI : « Voilà vingt ans que j'ai passés chez toi, tes brebis et tes chèvres n'ont point avorté, et je n'ai point mangé les béliers (1) de ton troupeau. De bêtes déchirées je ne t'en ai point rapporté, moi, j'en ai payé le dommage. Tu me redemandais ce qu'on me volait de jour et ce qu'on me volait de nuit, et le sommeil fuyait de mes yeux. » Ainsi au cas où un mouton est attaqué par un fauve la perte en retombe sur Jacob, c'est-à-dire sur le gardien, de même en cas de vol soit de jour, soit de nuit. Il faut du reste le remarquer, Jacob dit qu'il a exécuté complètement ses obligations, il ne dit pas qu'il a fait davantage. Avec cette explication sans doute une difficulté s'élève de ce qu'il est dit : tes brebis et tes chèvres n'ont point avorté. Evidemment malgré tous les soins du berger il arrive que des bêtes avortent ; comment se ferait-il alors que Jacob considérerait comme une obligation à sa charge la bonne parturition ? Il n'y a pas à nier qu'il y ait là une petite difficulté. Cette difficulté que faut-il en penser ? Répétons-le ; par tout le contexte de l'histoire il est manifeste que

1. Béliers, c'est la traduction de Lenormant, Genèse. Cahen, Bible, Genèse, dit moutons.

Jacob n'est à aucun moment animé d'un sentiment de générosité quelconque à l'égard de Laban. S'il a payé c'est qu'il y était obligé. Ainsi donc de toute façon la solution donnée pour le cas de perte par attaque des animaux féroces ou par vol reste intacte. De l'autre côté en ce qui concerne l'avortement, à mon avis le texte signifie que s'il s'en produisait, le maître n'en subissait pas la perte qui dans ce cas comme dans les deux autres restait à la charge du gardien.

Dans de semblables conditions on voit que ce passage de la Genèse est en contradiction avec celui de l'Exode cité plus haut, où il est dit que pour les animaux tués par les bêtes féroces la perte retombe sur le maître. Ce n'est évidemment pas notre tâche de chercher à concilier des textes contradictoires. Il est possible (et même probable) que le texte de la Genèse corresponde à un état juridique antérieur à celui de l'Exode. En ce qui concerne le vol la règle est, semble-t-il, la même dans la Genèse et dans l'Exode : la perte retombe sur le gardien.

Pour se rendre compte de ce que le dépôt, de ce que la garde proprement dite d'animaux a de particulier, il faut remarquer qu'à la différence de la garde d'objets inanimés tels que bijoux, vases, armes, lingots, etc... la garde d'animaux nécessite des frais d'entretien et que d'autre part l'animal est non seulement susceptible de produire, mais produit parfois

qu'on le veuille ou non. Si c'est par exemple une vache laitière, le dépositaire sera bien obligé de la traire; laisser une vache sans la traire, aurait pour cet animal les plus funestes conséquences avec la mort à bref délai; de même on ne peut pas empêcher une poule de pondre. Dans un cas voisin du dépôt, la garde d'objets trouvés, la *mischna* (1) nous montre qu'on admet l'équivalence entre ces produits et les frais de nourriture (2). Celui qui a trouvé un animal productif peut en retirer le produit, lait, œufs, travail, etc. Nous ne trouvons pas d'indication de ce genre dans la Bible, mais nous ne trouvons naturellement rien non plus en sens contraire. Probablement au moment de la rédaction de la Bible trouvait-on la chose si naturelle qu'elle n'avait pas besoin d'être exprimée.

L'autre sorte de contrat est, avons-nous dit le prêt : Exode XXII. Voici les trois textes : Vulgate : « 14. Si quelqu'un demande en prêt à son prochain quelque une de ses bêtes et qu'elle dépérisse ou meure, le maître n'étant pas présent, il sera forcé de la rendre. — 15. Que si le maître se trouve présent, il ne restituera pas, surtout s'il était venu la louer pour le prix de son travail. »

1. *Baba Mecia*, II, p. 8 (notation Schwab).

2. On ne parle que des frais de nourriture parce qu'ils sont beaucoup plus importants, cela comprend tous les frais d'entretien.

La divergence que nous trouvons dans les autres textes est dans la troisième et dernière phrase. Voici le texte des Septante, Exode XXII : 15. ἔαν δὲ ὁ κύριος ᾧ μετ' αὐτοῦ, οὐκ ἀποτίσει. ἐὰν δὲ μισθωτὸς ᾧ, ἔσται αὐτῷ ἀντὶ τοῦ μισθοῦ αὐτοῦ.. — Si le maître était avec lui (l'animal) il (l'emprunteur) ne payera pas ; s'il (l'animal) était loué, cela (?) sera pour lui au lieu de son loyer. » (Son loyer, loyer de qui on ne sait pas, mais cela n'a pas d'importance.) « Cela » signifie presque certainement l'indemnité ; il est mis en parallèle avec le loyer. Il n'est pas vraisemblable que ce soit la perte ; dire que le propriétaire, au lieu du loyer aura pour lui la perte de l'animal serait d'une ironie amère à laquelle la Bible ne nous a pas accoutumés. Il n'y a donc aucun doute qu'il s'agit de l'indemnité.

Si nous examinons maintenant le texte massorétique (1), voici comment Cahen traduit la dernière phrase (ce qu'il y a avant est semblable dans les trois textes) : « S'il était loué, l'indemnité entre dans le loyer (2). » Il cite en note l'opinion d'autres auteurs (sans dire leurs noms) qui disent : la perte et le loyer se balancent.

Il faut en ce moment remarquer que la préposition peut signifier : dans, (*in*) ou *αντι*, au lieu de, à la place (*pro.*, *loco*).

1. אִם-שָׂכִיר הוּא בֵּא בְשָׂכְרוֹ

2. Cahen dit *dans le louage*, le terme est juridiquement impropre, mais le sens est bien clair et c'est le principal.

Sous le bénéfice de cette observation la version des Septante est adéquate à celle de Cahen sur la Massore. Par le fait même nous pouvons rejeter les autres interprétations, d'un autre côté la version de la Vulgate ne s'adapte que très mal sur les Septante et sur la Massore. D'un autre côté encore nous avons rejeté par avance l'interprétation qui disait que la perte et le loyer se balancent. D'un autre côté également l'interprétation de Cahen et celle des Septante ont le mérite d'être très simples et de s'adapter très bien au texte hébreu. La différence qu'il y a entre les Septante et Cahen c'est que le premier dit l'indemnité sera au lieu du loyer, le second sera dans le loyer. Ici la question est délicate et sera reprise tout à l'heure.

En cas de prêt, disons-nous, quand le maître n'est pas présent l'emprunteur a la responsabilité complète. Si la bête meurt ou se blesse de quelque façon que ce soit la perte en est pour l'emprunteur. La règle est si simple qu'il n'y a pas à insister davantage. Si le maître est présent il en est différemment. Arrivons au louage, dont l'étude est plus difficile. Un premier point sur lequel il convient d'appeler l'attention c'est que le louage est ici rapproché du prêt et est considéré comme n'en étant guère qu'une variété. La phrase qui y est relative montre, qu'on se range à l'une ou à l'autre des deux interprétations possibles, que le locateur a droit à l'indemnité dans

les mêmes conditions que le prêteur à commodat, c'est-à-dire que le locataire doit payer quelle que soit la cause de la mort ou de la blessure. Ce point très important ainsi établi, il reste la question de savoir si nous adopterons la manière de voir de Cahen ou des Septante ; en d'autres termes, en cas de mort le locataire doit-il outre l'indemnité payer encore le loyer ? La question est très épineuse et n'est pas susceptible, dans l'état du texte hébreu, d'une réponse tout à fait sûre. Cependant l'interprétation des Septante nous paraît plus probable non pas par des raisons de texte, raisons intrinsèques, pourrait-on dire, mais au contraire par des raisons extrinsèques. Notamment c'est l'emploi d'un mot spécial pour désigner le locataire. Si la situation du locataire avait été tout à fait identique à celle de l'emprunteur on ne verrait pas très bien l'utilité qu'il y aurait eu à introduire un vocable nouveau pour le désigner. Dans le prêt de choses consommables le même mot s'emploie à la fois pour le prêt sans intérêt et pour le prêt à intérêt.

Nous en avons fini avec la question de responsabilité dans la Bible, passons maintenant à la *mischna*. La question est traitée dans la *Baba Mecia*. Perek VII. 6. (9) (1).

Gardiens — Il y a, dit cette *mischna*, 4 catégories de gardiens le gardien non salarié ; l'emprunteur

1. Schwab. p. 137. Rabbinowicz, p. 377.

(commodataire) ; le gardien salarié ; le locataire. Quant à la responsabilité il y a trois degrés 1° le gardien gratuit répond des accidents fréquents qu'il aurait pu empêcher ; l'emprunteur a la responsabilité complète, le gardien salarié et le locataire répondent des accidents rares qu'ils pouvaient éviter ; mais ne répondent pas de l'accident inévitable (ones) (1). Suivent ensuite quelques règles données un peu à titre d'exemple pour permettre de reconnaître dans quel cas on doit dire qu'il y avait on n'y avait pas ones. Ainsi à part la difficulté qu'il pourra y avoir à distinguer les différentes sortes d'accidents (2), la règle est très simple et en somme assez rationnelle. Cela ne l'empêche pas d'être en ce qui concerne le commodataire tout à fait caractéristique.

Comment maintenant les docteurs du Talmud ont ils compris cette mischna si simple ? Dans le Talmud de Jérusalem nous ne trouvons sur ce point aucune explication sous ce passage (3). Au contraire le Talmud de Babylone nous fournit ici une abon-

1. On remarquera que l'ordre dans lequel la mischna a présenté les gardiens n'est pas celui de leur responsabilité, témoignage que les deux dernières catégories sont plus récentes.

2. Accident est pris dans le sens très large de cause de mort (ou de blessure) ; ee peut-être un vol ou une maladie.

3. Sous même traité chap. VIII, 3 (4) on trouve bien une observation qui serait assez importante si elle ne venait après une phrase étrange et peu explicable.

dante ghemara. Nous avons déjà vu à plusieurs reprises que le Talmud de Babylone représentait un état de choses plus évolué que la mischna ; nous allons en avoir encore ici la preuve la plus nette. Mais il faut se hâter d'ajouter qu'il ne s'agit ici que de la manière de voir générale de la ghemara ; et que certains rabbins ou beraïthas anonymes présentent au contraire l'état de choses ancien (du temps de la mischna, et quelquefois même plus ancien). En ce qui concerne le gardien sans salaire nous n'avons rien à dire. En ce qui touche au contraire le locataire, nous trouvons d'abord une beraïtha qui dit que rabbi Meir assimile le « sokher » (locataire) au gardien sans salaire (c'est là il est vrai une opinion isolée). Pour le gardien salarié il n'en est plus tout à fait de même et ici on peut noter une tendance générale très nette à diminuer la responsabilité (1), c'est à propos des bergers que la question est étudiée. Mais c'est surtout à propos de l'emprunteur à commodat que le Talmud de Babylone

1. Il serait trop long de citer le texte ; il se trouve dans Rabbinowicz p. 380 et 381. Au contraire, p. 383, on met au compte de rab Hisda, de Rabbah ben rab Houna et de rab Papa la solution ancienne. Par contre quand il est dit que Rab Nachman a condamné un dépositaire gratuit en cas de vol à réclamer le dépôt du voleur, il semble bien qu'il a mis à la charge de ce gardien une obligation qui ne lui incombait pas, sauf s'il avait commis une négligence répréhensible.

donne une solution particulièrement nette et tout à fait contraire à la mischna. Comme le dit Rabbino-wicz (1), d'après Babylone trois causes déchargent le schœl (commodataire) 1° si le maître est présent ; 2° pour les pertes qui sont l'effet de l'usage (il faut ajouter pour les variations de cours) ; 3° l'échéance. En ce qui concerne le premier point de présence du maître nous avons une mischna qui dit (2). « Si l'emprunt (de la vache) n'a eu lieu qu'après que le propriétaire se trouvait déjà engagé, et que la vache soit morte, il doit payer la valeur de la vache ». La mischna renvoie ici au texte de l'Exode cité plus haut. L'origine de cette règle est visible ; quand c'est le maître de l'animal qui a lui-même en main son animal, s'il arrive un accident à ce dernier, il ne peut raisonnablement pas s'en prendre à l'emprunteur. Ici la mischna n'est pas très claire (à moins, ce qui ne serait pas impossible qu'elle ne dise une chose absolument évidente, savoir que si on a d'abord emprunté la vache et que celle-ci soit morte, peu importe que le propriétaire de l'animal soit venu après chez l'emprunteur) (3). Dans tous les cas voici comment Jérusalem comprend ce texte :

D'abord le passage de l'Exode est interprété comme ceci : « Si le propriétaire de l'animal est avec lui,

1. Baba Mecia chap. VIII. 1.

2. En note p. 378.

3. Dans cette hypothèse : il doit payer la valeur : il doit supporter la perte.

celui-ci ne paiera pas. » Ensuite : « Si le propriétaire n'est pas avec lui, il paiera. » Lui est, dit-on, l'emprunteur (remarquer que ce peut être aussi l'animal). Si, historiquement, il n'y a pas de doute que ce soit là un contre-sens, grammaticalement le sens donné à l'Exode est acceptable. Dans de pareilles conditions voici la décision de Jérusalem ; si le maître n'était pas engagé au moment où la vache a été empruntée, pour que le schoel soit déchargé, il faut que le maître ait été continuellement avec l'animal jusqu'au moment de la mort. Au contraire le maître était-il déjà chez l'emprunteur avant le prêt de la vache, l'emprunteur n'a rien à payer lors même que le maître aurait travaillé ailleurs (mais probablement cependant quand même chez l'emprunteur).

L'ensemble de Babylone est moins net, chacun des docteurs y conservant bien plus sa personnalité. Le question est étudiée par Rab Hamnouna et par une beraïtha anonyme (1). Rab Hamnouna ne fait pas la distinction précitée et dit que le schoel est toujours condamné à payer sauf si le propriétaire est occupé au même travail que l'animal et qu'il travaille constamment avec lui (depuis l'emprunt jus-

1. Rabbinowicz, p. 389. Nous n'attachons aucune importance au nom du docteur sous lequel on place les décisions, on peut avoir une idée de ce que valent ces citations en comparant p. 385, deuxième alinéa. Ces décisions sont intéressantes en elles-mêmes et nous n'y cherchons rien de plus.

qu'à l'accident). L'opinion de Rab Hamnouna est l'idée ancienne et rationnelle; passons. La beraïtha dit après une énumération assez malheureuse, qu'il suffit que le maître travaille chez l'emprunteur, peu importe que ce soit avec l'animal ou ailleurs. Une autre beraïtha dit de plus (ceci se rapproche beaucoup de la décision de Jérusalem) que la question dépend de la date respective de l'entrée du maître chez l'emprunteur et de celle du prêt. Si l'emprunt a eu lieu avant, risques à la charge de l'emprunteur, inversement en cas contraire. La ghemara ajoute ensuite (ce n'est pas son habitude, aussi le mentionnons-nous): ces questions sont irréfutables. Par un autre passage il semble bien que la théorie de la seconde beraïtha, semblable à la ghemara de Jérusalem est aussi dominante à Babylone.(1)

Nous avons dit que l'emprunteur à commodat n'était plus responsable quand la perte était l'effet normal de l'usage. L'exemple typique pris par les rabbins est le suivant: un animal a été emprunté pour un usage déterminé. L'emprunteur emploie l'animal à cet usage dans des conditions normales; par suite de faiblesse ou de maladie le travail fait

1. Rabbinowicz, p. X, 4, Baba Mecia, I, fol. 5, p. 23; *id.*, III, fol. 35, p. 157 et *id.*, VIII, fol. 96 et 97, p. 390 et 391, On peut remarquer à ce point de vue que la mischna a parlé souvent de louage d'animaux pour un travail déterminé; mais pas d'emprunt pour un travail déterminé. La mischna conserve pour le commodat la règle primitive pure.

périr l'animal. Le Talmud de Babylone déclare que l'emprunteur n'est pas responsable (1).

En ce qui concerne les variations de cours qui tiennent particulièrement en matière de denrées une si grande place dans le Talmud, relativement aux animaux nous en trouvons une trace mais assez vague dans Baba Mecia (V. fol. 69, p. 298), encore il ne s'agit pas d'un prêt. N'insistons pas davantage et ne soyons pas plus talmudistes que le Talmud.

Une nouveauté du Talmud de Babylone c'est encore la règle d'après laquelle, après l'échéance, le schoel n'a plus sa responsabilité (2). Il faut cependant noter une opinion qui correspond à la théorie antérieure; c'est dans ce passage au début du folio 81. Il y est dit : « Un homme qui emprunte un animal pour un certain temps, tant qu'il ne l'a pas rendu reste responsable après le terme comme avant le terme. Le propriétaire doit penser que c'est au schoel de rendre l'animal et non pas à lui d'aller le prendre. » Pour nous la principale raison est celle qui sera donnée plus tard par Beaumanoir; c'est que tant que l'animal est chez l'emprunteur, celui-ci a la possibilité d'en profiter. Tant que le schoel ne ramène pas l'animal chez le propriétaire celui-ci peut légiti-

1. Remarquons qu'en ce qui concerne les animaux, et c'est le cas le plus important, la perte par suite d'un travail normal est impossible chez un animal normal.

2. H. t. IV, 80, p. 359 et fol. 81, p. 360.

mement supposer que le premier en a toujours besoin.

Quoi qu'il en soit, les docteurs de Babylone se gardent bien d'émettre ici cette idée et se demandent au contraire si l'emprunteur après le terme a la responsabilité d'un gardien pour salaire ou sans salaire. La théorie dominante dit qu'il aura la responsabilité du gardien salarié.

Nous allons maintenant examiner cette question de responsabilité dans des contrats voisins (dont un quasi-contrat) ; ce sont notamment la garde réciproque, le gage, l'entreprise, la garde d'objets trouvés :

1° *Garde réciproque* (1). — A dit à B : « Garde-moi mes objets, je garderai les tiens. » Ils ont la responsabilité de gardiens salariés.

2° *Entreprise* (2). — Confection par un ouvrier, d'un objet avec des matériaux appartenant à autrui. L'ouvrier a la responsabilité du gardien salarié jusqu'au moment où il a dit au maître qu'il pouvait venir prendre l'ouvrage. Ensuite il n'a plus la responsabilité que d'un gardien sans salaire.

3° *Transport d'un objet* (3). — Une mischna très

1. Jérusalem. VI, 5 (7), p. 132. — Rabbinowicz, VI, fol. 80, p. 357.

2. Même mischna.

3. Babylone B. M., VI, fol. 82, p. 369. — Jérusalem B. M., VI, 6 (8). Par contre Jérusalem B. M., X, 4 (7), p. 156. semble bien attribuer au transporteur une responsabilité plus considérable. Des motifs d'humanité paraissent ne pas avoir été étrangers à la question. V. Rabbinowicz, p. 372.

discutée dit que le transporteur de tonneaux, salarié ou non, n'a la responsabilité que d'un gardien sans salaire. Ici la tendance du Talmud à diminuer la responsabilité du gardien a été particulièrement loin.

4° *Gage*. — La responsabilité du créancier gagiste n'est pas bien fixée (1). La mischna nous dit : « Il a la responsabilité d'un gardien pour salaire. » Elle cite ensuite l'opinion de rab Juda suivant lequel il faut distinguer : est-ce pour un prêt d'argent, il n'a que la responsabilité d'un gardien sans salaire, est-ce pour garantir un prêt de fruits il est responsable comme un gardien salarié. — A considérer le texte sans autre éclaircissement, celui-ci paraît peu explicable ; logiquement le créancier gagiste ne retirant aucun avantage du prêt devrait être traité comme un gardien sans salaire et cela que le prêt à garantir se compose d'argent ou de fruits. Historiquement au contraire cela devient très compréhensible si on admet que le créancier gagiste tirait un avantage du gage. Or il semble bien, nous n'insisterons pas longuement sur ce point, que le créancier avait au début la jouissance du gage et qu'on lui permettait encore cette jouissance à un moment où la prohibition du prêt à intérêt était déjà en vigueur (2). Dans de telles circonstances la jouissance

1. Jérusalem B. M., VI, 4 (5) (Schwab, p. 132). — Babylone B. M., VI, fol. 80 (Rabbinowicz, p. 357).

2. Babylone B. M., V, fol. 67 (Rabbinowicz, p. 284 et 285).

du prêt est considérée comme l'équivalent de la jouissance du gage. Par suite anciennement le créancier gagiste devait avoir la responsabilité complète du schoel (1). On trouve des traces bien nettes de cette idée dans les opinions de certains docteurs. Ainsi rabba Akiba (2) dit : « Le débiteur peut dire : Tu ne m'as prêté que sur gage ; si le gage est perdu ton argent est perdu. » On ne saurait mieux marquer la symétrie qu'il y a entre le gage et le prêt. De même Samuel dit : « Si un individu prête à un autre 1000 zouzes sur une faucille, et qu'il perde la faucille, la dette est perdue (et cependant la valeur de la faucille est considérablement inférieure au montant de l'emprunt).

Retenons surtout que dans le texte mischnique la diminution de responsabilité du créancier gagiste n'est pas arrivée au degré qu'elle pouvait atteindre.

5° *Garde d'objets trouvés.* — La responsabilité est intermédiaire entre celle du gardien salarié et celle du gardien sans salaire (3 et 4).

1. La Bible à plusieurs reprises parle du gage, mais c'est seulement pour l'interdire dans des cas spéciaux ; veuve, manteau d'un indigent, mœules, etc.

2. Sous notre mischna relative au gage.

3. Jérusalem B. M., I, 8 (9) et 9 (10) (Schwab, 95 et 96). — Babylone B. M., II, fol. 28, 29 et 30 (Rabbinowicz, p. 133 et suiv).

4. Nous reviendrons plus loin sur la garde des objets trouvés au point de vue des profits.

Modifications conventionnelles. — D'abord toutes les conventions qui diminuent la responsabilité sont permises (1). Les catégories visées sont les quatre grandes principales.

En ce qui concerne les conventions qui aggravent la responsabilité, c'est-à-dire qui malgré les tendances nouvelles veulent conserver les traditions anciennes, elles sont naturellement moins bien vues ; c'est surtout dans le Talmud de Babylone que nous trouvons des renseignements à cet égard. Nous trouvons d'abord un passage du Talmud de Jérusalem (à propos d'un contrat voisin sur lequel nous aurons à revenir), que le gardien gratuit, mais non un gardien salarié peut convenir valablement d'accepter la responsabilité de l'emprunteur (2). Un passage de Babylone (3) dit : On lit dans une beraïtha : on peut faire avec un gardien pour salaire la condition qu'il prenne sur soi la responsabilité d'un accident inévitable comme un schoel. Comment faut-il valider cette condition ? Samuel dit par l'acte appelé Kinjan : « Rabbi Johanan dit qu'on a pas besoin de Kinjan. » Cette disposition semble bien être un archaïsme oublié par mégarde au milieu d'autres

1. Jérusalem, B. M. VII, 7, (12) Schwab, p. 138. — Babylone. B. M. VII, fol. 94, (Rabbinowicz, p. 384).

2. Sous Mischna, B. M. V. 4 (7), Schwab. p. 122.

3. Sous Mischna, B. M. VII, fol. 94 (Rabbinowicz, p. 387).

dispositions relatives à des objets tout à fait différents.

Le passage capital en la matière est relatif au louage (1). Voici en gros ce qu'il dit : Rab dit : On peut louer à un individu un navire, à la condition de payer le loyer si on rend le navire, et d'en payer la valeur s'il se brise (2). Là-dessus deux rabbins se récrient et disent : ces deux engagements sont inconciliables. Si le locataire s'engage à supporter le risque et à payer un loyer, il y a usure. Le texte ajoute : Rab n'a rien répondu. Sur quoi à son tour Rab Schescheth s'étonne que Rab n'ait rien répondu. En effet, dit-il, la beraïtha nous dit : Malgré que le tson barzel (3) soit interdit, il est cependant permis de louer à un individu une vache, à la condition que celui-ci donne un sela (4 denars) par mois pour le loyer et qu'il s'engage à rendre la vache, ou en cas de perte ou de mort, à en payer la valeur (4), pourvu qu'il ne s'engage pas à payer pour toutes les pertes possibles, même quand la vache perd de sa valeur par suite du travail ou de l'abaissement général du prix des vaches. On doit donner la même solution pour le navire. Le Talmud cherche alors à montrer

1. Sous B. M. V. fol. 69. Rabbinowicz, p. 297.

2. Dans ce cas, comme disent les Septante ; *εσται αὐτῷ ἀντὶ τοῦ μισθοῦ αὐτοῦ*. Voir plus haut.

3. Voir plus loin ce qu'est le tson barzel.

4. Alors comme dans l'interprétation de Cahen du passage biblique en question, l'indemnité entre dans le loyer.

que la différence qu'il y a entre le louage et le prêt à intérêt, le premier permis et le second défendu, c'est que l'objet loué se détériore d'ordinaire par l'usage. Le loyer est donc la compensation de la perte par l'usage. Cependant mar Samuel louait un bassin de cuivre à divers individus en stipulant : 1° un loyer ; 2° la valeur de la perte du cuivre en poids par l'usage. Sur quoi rab Nahaman se hâte de faire remarquer que Samuel ne faisant payer que la diminution de poids et non la détérioration du cuivre, cette convention ne peut être considérée comme usuraire.

Nous ferons remarquer à notre tour qu'en ce qui concerne la dernière hypothèse envisagée, celle du bassin de Samuel, la raison donnée pour justifier l'opération est singulièrement faible. C'est une pure subtilité, qui est peut-être de nature à satisfaire des esprits très amateurs de fine analyse comme les docteurs du Talmud, mais qui ressemble beaucoup à du simple ergotage. Il est visible qu'il s'agissait là de contrats d'abord permis ; qu'ensuite on s'est aperçu qu'ils n'étaient autres que des prêts à intérêt qui devaient par suite être prohibés ; à ce moment est arrivée une troisième rangée de rabbins qui a cherché par des subtilités à montrer que le contrat en question ne devait pas rentrer dans ceux défendus. Il est encore curieux de constater que d'un autre côté le commodat avait lui aussi subi une évolution parallèle, si

bien que le louage du navire et de la vache que nous venons de considérer est au point d'arrivée comme au point de départ un commodat à intérêt.

Cheptels et commandites. Garde d'objets trouvés.— Avant d'arriver à l'étude du cheptel proprement dit, il sera utile que nous étudions la garde d'objets trouvés et particulièrement quand cet objet est un animal (1). « Si c'est un animal qui exige des dépenses pour sa nourriture, mais qui la peut gagner, on le fera travailler et on le nourrira. Si l'objet ou l'animal ne rapporte pas les frais de son entretien, on le vendra (ou bien on le gardera sur estimation)... » Sous cette *mischna* on trouve dans Babylone un passage bien intéressant et que nous ne pouvons guère faire autrement que de citer. « Rab Nahaman dit au nom de Samuel : On n'est obligé de le garder (l'animal de rapport) que jusqu'à douze mois. » On lit aussi dans une *beraïtha* : « Si on trouve quelque chose qui travaille et qui mange, comme une vache ou un âne, on est obligé de le garder jusqu'à douze mois ; après douze mois, on estime la valeur de l'animal et on garde l'argent pour le rendre au propriétaire. Si ce sont des veaux ou de jeunes ânes qu'il a trouvés (ils ne rapportent pas), on ne les garde que trois mois ; après trois mois, on estime leur valeur et on

1. Jérusalem B. M., II, 8 (9) (Schwab, p. 95). — Babylone B. M., II, fol. 28 et 29. (Rabbinowicz, p. 133.)

garde l'argent pour le rendre au propriétaire. S'ils'agit d'oies ou de coqs, on ne les garde que trente jours ; après trente jours, on estime leur valeur et on garde l'argent pour le rendre au propriétaire... » (On ajoute ensuite qu'une poule qui donne des œufs doit être assimilée au gros bétail qui rapporte. Suivant une autre beraïtha, les délais de garde en nature seraient les suivants : douze mois, le bétail de rapport, trente jours pour les veaux, trois jours pour les oies, coqs et toute autre chose dont l'entretien dépasse le rapport.) Les deux beraïtoth ne sont pas d'accord pour les délais.

La ghemara cherche à les concilier en disant que pour les veaux l'une a en vue une saison où on peut les nourrir aux champs, l'une une saison où on les nourrit à l'étable. Pour la volaille, la première beraïtha parlerait des petites races qui mangent peu, au contraire de l'autre. »

Il est visible que la dernière explication n'est pas de nature à nous satisfaire. La seule possible pour nous, c'est que l'une des deux est plus évoluée vers un certain but que l'autre. Il y a ici une chose à remarquer, parce que d'autres passages de la ghemara de Babylone et même de Jérusalem impliquent nécessairement le contraire ; c'est que le gardien n'aura rien à réclamer au propriétaire quand celui-ci se présentera pour venir chercher la chose qu'il avait perdue. Si on accorde au gardien le droit de se servir de l'animal (travail, laitage, fumier), c'est évi-

demment en compensation des frais de nourriture. Même on doit admettre qu'un animal de cette nature rapporte plus qu'il ne coûte à entretenir. Il serait donc juste d'accorder au propriétaire qui a perdu sa chose une certaine rémunération, et c'est justement ce que fait la première beraïtha. Au bout de trois mois les veaux et les ânes seront grandis, auront par suite une valeur plus considérable et cet excédent de valeur constituera le profit de celui qui a perdu la chose ; par contre pour se rembourser des frais qu'il aura ainsi exposés, celui qui a trouvé l'animal aura pour lui tout le surplus du profit. Il en est de même pour celui qui a trouvé des poulets, sauf que la volaille grossit beaucoup plus vite et coûte par suite relativement plus de nourriture ; en conséquence le délai doit être moindre. L'explication que nous donnons ici est pour le moment hypothétique ; elle a cependant le mérite de bien expliquer la première beraïtha (et dans ces conditions, la seconde représenterait un état juridique plus évolué) ; elle a en outre celui d'expliquer les raisons des différences de délais ; elle a en troisième lieu et surtout celui de bien s'harmoniser avec les règles sur le cheptel (1).

1. Un point qui n'est pas examiné, du reste, il n'est traité qu'à propos du cheptel, est la question de l'acquisition du part. Dans le cas, par exemple, de garde d'objets trouvés, si l'animal met bas pendant la garde, à qui appartient le petit ?

Nous pouvons maintenant aborder l'étude de la commandite et du cheptel. Ce sujet est traité d'une manière détaillée (1) et étant donnée la grande importance de cette partie de notre travail, nous tâcherons de l'étudier aussi convenablement que nous le pourrons. Cependant et malheureusement les textes étant fort longs, nous ne pouvons pas les citer littéralement et nous inviterons le lecteur à les lire lui-même. Voici à peu près ce que disent nos mischnajoth (pluriel de mischna). « Il est défendu de donner des marchandises à un marchand pour qu'il les vende et en partage le bénéfice ; de même de lui prêter de l'argent pour acheter des marchandises et partager le bénéfice avec le créancier. Dans ces deux cas (qui économiquement tout au moins reviennent au même) il y a usure ».

En effet, analyse d'une manière très fine et très ingénieuse la mischna de Babylone en question, le boutiquier est emprunteur pour la moitié dont le bénéfice lui appartient ; il est gardien pour la moitié dont le bénéfice doit revenir à l'individu qui lui a prêté l'autre moitié. Il devrait donc se faire payer pour la peine qu'il prend de s'occuper de la moitié dont il n'est que le gardien, mais il en fait cadeau à l'individu qui lui a prêté l'autre moitié, en considé-

1. Jérusalem B. M. V. 3 (5) ; 4 (6) ; 4 (7) ; (Schwab, p. 118 à 124) Babylone B. M. V. fol. 68 à 72 (Rabbinowicz, p. 290 et suiv.).

ration du prêt qu'il a reçu ; c'est donc de l'usure. (Remarquons en passant que cette explication qui se trouve dans la mischna de Babylone ne se trouve pas dans celle de Jérusalem.) Cette convention ne sera permise que si le prêteur paye au marchand pour son travail comme on paye un ouvrier. De même il est défendu de donner à crédit des œufs à un individu qui a une poule pour qu'il les fasse couvrir et que prêteur et débiteur se partagent le bénéfice. Il en est de même si un individu donne à un éleveur des veaux et des poulains à nourrir, fixant leur valeur en argent et sous la condition qu'ils se partageront le bénéfice. Ce commerce n'est permis que si celui qui donne les œufs ou les veaux paye à l'autre son travail et la nourriture des animaux (1). On peut donner à l'éleveur une vache, un âne ou tout animal qui rapporte ce qu'il mange, en fixant la valeur de l'animal. Si l'animal a des petits chez l'éleveur, on les partage au bout du délai fixé par l'usage. On peut donner le veau avec sa mère, ou le poulain avec la jument, ce n'est pas de l'usure. L'éleveur ne doit pas recevoir de tson barzel (petit bétail de fer) à la condition de subir seul le dommage et de partager le bénéfice (c'est de l'usure) ; mais l'éleveur peut le recevoir d'un païen.

1. Suit ici une règle que nous retrouverons plus loin.

Naturellement Jérusalem aussi bien que Babylone dans la ghemara comprennent la commandite de même que le cheptel comme une opération dans laquelle une personne met un capital à la disposition d'une autre pour partager le profit et la perte, suivant les résultats de l'entreprise.

Remarquons encore ici que commandite et cheptel ne sont considérés que comme un même contrat, sans que l'un semble dériver de l'autre (1). (Les noms de commandite et de cheptel dans leur acception actuelle sont des mots empruntés à la terminologie moderne, remarquons-le aussi.) L'opération peut se pratiquer sur des choses consommables : argent ou marchandises, ou au contraire sur des choses frugifères : animaux (2).

Indiquons les effets normaux du cheptel. « On a enseigné (une beraïtha) : on accepte de son prochain la charge d'élever un animal au moins pendant un an, de façon à rapporter en ce temps au moins un petit et une tonte, ou une poule pour produire un minimum de dix œufs par mois. Si l'on détache une poule des autres pour couvrir et donner des pous-

1. De toute façon nous aurons à examiner ce point très curieux plus loin au point de vue de la formation de l'institution.

2. En ce qui concerne les terres de culture, le métayage était très fréquent et n'a pas soulevé de réprobation parce qu'il n'y avait pas de risques de perte du capital.

sins, elle soigne ces derniers aussi longtemps qu'ils ont besoin d'elle. C'est nécessaire (1) pour le menu bétail pendant trente jours et pour le gros bétail pendant cinquante jours ; selon R. Yossé, c'est nécessaire trois mois pour le menu bétail, dont les petits ont besoin longtemps d'être surveillés par la mère (2). Au delà de ces diverses époques déterminées, une part revient au propriétaire, et est à son nom, le tout selon l'usage local (3). Si l'éleveur les garde plus longtemps, il prend d'abord pour lui sa moitié, et en outre la moitié du bénéfice qu'on aura pour l'autre moitié (4). Parfois (dit la ghemara de Jérusalem), on bonifiait encore au gardien un léger supplément, soit à titre d'indemnité de transport d'argent, soit pour la peine qu'il avait de s'occuper des petits. Dans tous les cas, on n'admettait pas que ce léger supplément était destiné à couvrir une opération qui sans cela aurait été usuraire. Si l'on reçoit (5) en dépôt

1. Jusqu'ici le texte ne se trouvait que dans Jérusalem ; à partir d'ici, il se trouve également dans Babylone.

2. Babylone ajoute : parce que leurs dents sont faibles.

3. A partir d'ici seulement dans Babylone jusqu'au prochain tiret.

4. Ici les deux ghemara divergent, nous donnons d'abord celle de Jérusalem, puis celle de Babylone.

5. Ici Rabbino-wicz a commis une erreur d'inattention. Si, dit-il, il y a 20 petits, l'éleveur en prend d'abord 10, ensuite après le délai il en prendra encore 5, moitié de l'autre moitié si bien que le bailleur en aura 5. L'exemple est mal choisi ; supposons qu'il y ait un petit qui vaille 20 au

un animal (en cheptel), jusqu'à quelle époque en est-on responsable ? Selon Somkos (Jérusalem), on l'est un an pour le menu bétail, et deux ans pour les ânesses. D'après le même, Babylone, c'est dix-huit mois pour une ânesse, et deux ans si c'est du petit bétail. Si l'éleveur veut partager le bénéfice avant ce temps, le propriétaire peut s'y opposer ; ensuite l'éleveur peut demander le partage. La remise (1) d'un animal à son prochain en fixant sa valeur doit avoir pour durée au moins un an, autrement par suite de l'effet des saisons, une des deux parties, soit l'une, soit l'autre, serait en perte (2).

De plus, comme nous l'avons vu plus haut, R. Simon ben Gamaliel dit qu'on peut donner le petit avec sa mère. Dans ce cas le profit du bailleur sera évidemment plus grand puisqu'il aura le profit du part qui aura lieu dans le courant de l'année et de plus il aura la moitié du bénéfice sur le petit donné avec la mère (3). Cette convention se produira quand

bout du temps fixé pour l'estimation ; plus tard, on le vend 40. L'éleveur prendra $\frac{40}{2} = 20$ et ensuite $\frac{20-10}{2} = 5$ soit 25 et le bailleur aura 15.

1. Seulement Jérusalem.

2. Nous n'expliquons pas davantage cette idée, car elle se retrouve dans La Thaumassière et dans Guy Coquille.

3. A moins que le veau de l'année ne soit alors attribué au preneur. C'est même à mon avis le sens original de cette disposition.

la vache (ou l'ânesse) sera peu avancée ou ne sera même pas fécondée du tout encore depuis son dernier vélage ; dans ce cas l'élevage du dernier veau n'est que la juste compensation.

Jusqu'à présent, nous n'avons fait qu'exposer de la manière la plus méthodique possible le système du cheptel et de la commandite dans le Talmud. Maintenant passons à la critique.

Tout d'abord comment s'explique la prohibition de prêter des œufs à une personne qui a une poule, pour qu'elle les fasse couvrir et que le bénéfice soit partagé ? Jérusalem est muet. Voici ce que dit Babylone : « Supposons qu'une femme dise à une autre : J'ai une poule, tu as des œufs ; donne-moi les œufs, je ferai couvrir ma poule et nous nous partagerons les poussins. Rab Juda permet cette spéculation, car la femme qui emprunte les œufs est payée par l'autre femme qui lui abandonne les œufs dont aucun poussin ne peut sortir. Rab Simon ne le permet pas ; car le paiement avec des œufs pareils n'est pas suffisant. » Y a-t-il eu une interpolation avant rab Juda, c'est possible, mais ne le supposons pas pour l'instant. La première partie du texte doit s'interpréter (et c'est bien ce que fait aussi Rabbino-wicz) (1), que les poussins constituent le bénéfice. Ici il est impossible de dire que la femme à la poule

1. En note dans ce passage, p. 293.

est emprunteuse pour une moitié indivise et gardienne pour l'autre moitié (1). Car s'il en était ainsi, elle devrait rendre à la fin de l'opération la moitié des poussins à titre de gardienne et la valeur de la moitié des œufs à titre d'emprunteuse ; or, il n'en est rien, elle rend seulement la moitié des poussins.

C'est donc que ce raisonnement était faux. D'après rab Juda tout le bénéfice de la femme à la poule, de la couveuse si on veut l'appeler ainsi, consisterait dans les œufs clairs. Cette défectuosité n'existe du reste que dans la beraïtha et non dans la mishna.

Mais revenons à la commandite. Nous avons vu que le contrat par lequel une personne remet à une autre soit des marchandises, soit de l'argent pour acheter des marchandises sous la condition de partager par moitié le bénéfice et la perte était interdit comme usuraire, et que pour cette convention devint permise il fallait que le commanditaire, que le bailleur de fonds payât encore au marchand la valeur de son salaire. Cette prohibition (de même que celles en matières de cheptels) est considérée comme rabbinique (2) ; c'est-à-dire que d'après les docteurs du Talmud cette prohibition est de date

1. C'est ce que n'a pas vu Rabbinowicz.

2. C'est l'avis de Rabbinowicz, p. 303 en note, c'est l'avis de la ghemara de Babylone qui ici n'est pas suspecte B. M. V. fol. 71 (Rabbinowicz, p. 302.)

relativement récente. Il semble bien d'autre part que cette obligation de payer le marchand ne soulevait pas du tout au monde des affaires (et ici par monde des affaires, nous entendons l'ensemble des gens qui pour leur besoin personnel avaient à passer des contrats de cette nature). Aussi beaucoup de rabbins s'ingénient-ils à trouver un moyen pour ne pas trop grever le bailleur de fonds de ce côté (1); d'autres au contraire ayant moins le souci de faciliter le commerce que d'avoir un ensemble juridique logique exigent rigoureusement l'observation de la règle. Devant un pareil état de choses la pratique tâcha d'imaginer des expédients. Un premier qui ne réussit pas parce qu'il était par trop simple était d'évaluer à forfait à l'avance le profit probable à retirer et à donner une somme fixe au bailleur de fonds (2). Il n'y avait plus alors aucune différence avec un prêt à intérêts. Une autre combinaison plus savante eut plus de succès. Elle consiste à attribuer au bailleur de fonds une part plus grande dans la perte que dans le bénéfice (3); notamment l'usage paraît s'être introduit de fixer à trois quarts la part du bailleur de fonds en cas de perte. Dans ce cas il était avantageux pour le commerçant (le débiteur dit le texte) d'avoir autant d'actes différents qu'il y

1. A notre chapitre Babylone fol. 68, Rabbinowicz, p. 292

2. Jérusalem, B. M. V. 3. (5) Schwab, p. 119.

3. Babylone, B. M., IX fol. 104. Rabbinowicz, p. 427.

avait d'opérations tandis que le commanditaire à l'inverse avait intérêt à ce que toutes les opérations fussent fusionnées ensemble, celles qui avaient causé la perte, avec celles qui avaient procuré un bénéfice. C'est du reste ce que Rabba à notre passage dit très clairement.

Il nous reste maintenant à parler du cheptel de fer. Un premier point qui est fixé par la mischnah elle-même (1), c'est que « on peut avancer au fermier de l'argent pour améliorer le champ et se faire payer plus cher la ferme. » La ghemara de Babylone nous dit : il n'y a pas usure ; car la somme que le propriétaire recevra en plus ne lui sera pas donnée en raison du prêt de la somme d'argent, mais en raison de l'amélioration du champ. Celle de Jérusalem est moins intransigeante. D'après une première opinion qui paraît être celle du rabbin Simon ben Gamaliel, auquel est du reste attribuée notre mischna, la chose semble aller de soi et ne demande aucune explication. D'après rabbin Yohanan l'augmentation de loyer est permise parce qu'il arrive souvent que le champ rapporte plus ; enfin selon Resch Lakisch il y a majoration du sol et c'est cette considération qui permet au bailleur de recevoir davantage. Il est curieux que le texte ne prévienne pas expressément le cas où

1. Jérusalem. B. M. V. 4 (6). Schwab, p. 120. — Babylone. B. M. V. fol. 69. Rabbinowicz, p. 296.

au lieu de fournir de l'argent au fermier, le propriétaire lui remettra une certaine quantité de bétail pour l'exploitation de la ferme avec risques à la charge du fermier. A mon sens la solution doit être la même que pour l'argent, l'usure dans le prêt de deniers est considérée comme bien plus répréhensible que dans le cheptel de fer et d'ailleurs les raisons données aussi bien par le rabbin Yohanan que par Resch Lakisch s'appliquent dans un cas comme dans l'autre. La remise au fermier d'une certaine quantité de bétail aura pour résultat que le fonds rapportera davantage et en second lieu ce bétail attaché à l'exploitation du fonds peut en quelque sorte être considéré comme en faisant partie et par conséquent comme une majoration de la valeur de l'immeuble. D'ailleurs encore la remise de bétail dans ces conditions devait être encore plus fréquente que celle d'une avance en deniers. On peut s'étonner un peu que le Talmud n'en ait pas parlé pour l'autoriser ; mais ce qui serait invraisemblable c'est qu'il fût compris dans la prohibition générale du cheptel de fer.

Cette prohibition, de quand date-t-elle ? Elle est, nous dit Rabbínówicz en note d'origine rabbinique et non biblique. En effet nulle part la Bible ne prohibe cette convention. De plus cette manière de voir peut s'appuyer sur un passage de la ghemara (1),

1. Babylone. B. M. V. fol. 71. — Rabbínówicz, p. 302.

qui distingue parmi les diverses sortes d'intérêts ceux qui proviennent « d'une transaction commerciale ou industrielle, comme dans le cas de la *mischnah* qui parle de l'élève des bestiaux ».

Le nom porté par le contrat est : *tzon barzel* qui signifie petit bétail de fer. *Rabbinowicz*, page 298, note 1, nous dit que d'après *Raschi* la plupart des éleveurs prenaient du petit bétail à ces conditions ; aussi tous les biens qu'on remettait à quelqu'un sous ces stipulations portaient le nom de *tzon barzel*. C'était notamment le cas, nous dit encore *Rabbinowicz* en note, page 301 pour la dot dont le mari pouvait disposer, mais dont il devait restituer la valeur entière à la dissolution du mariage. Quant à moi, je ne trouve aucune infirmation au contraire à ces renseignements et je considère qu'à une époque comprise entre la fixation définitive de la Bible et celle de la *Mischna* le *tzon barzel* était une pratique des plus répandues. Il est très vraisemblable que l'expression et l'idée en sont nées à un moment où le locataire ne supportait plus la perte par cas fortuit. Sans doute on peut objecter qu'en Norvège la notion de l'*Immerkuh* est apparue alors que le tenancier de bétail devait encore indemniser le bailleur pour la perte casuelle et que cette expression paraît alors signifier simplement que l'indemnité devra consister dans le remplacement de l'animal mort par un autre animal vivant de même qualité. Mais en Norvège il

est probable que cette idée et même le mot correspondant de vache éternelle sont d'origine étrangère, tandis que chez les Hébreux il est certain que toute la théorie est d'origine autochtone.

Pourquoi s'est-on servi du mot *tzon* qui signifie petit bétail, plutôt que d'un mot signifiant animal en général? Y a-t-il donc là quelque chose de spécial aux *animalia minuta*? On peut observer que le cheptel de moutons est deux fois plus onéreux que celui portant sur des vaches; il n'y a rien d'absurde à admettre *a priori* que le cheptel de fer portant sur des moutons ait été prohibé avant celui de vaches. De plus si on examine les textes de près on peut remarquer que la *mischna* n'autorise expressément le cheptel simple que pour les vaches et les équidés, qu'elle ne dit rien spécialement pour les moutons et même si on considère bien la phrase dont elle se sert: « On peut donner à l'éleveur une vache, un âne et tout autre animal qui rapporte ce qu'il mange. » Un mouton rapporte-t-il ce qu'il mange? Il est visible qu'il n'est ici question que du lait et du travail. Sur ce point même nous trouvons dans *Babylone. B. M. V. folio 68* (Rabbinowicz, p. 293): On lit dans une *beraïtha*; il ne faut pas donner à un éleveur, afin qu'il les nourrisse, des chèvres, des moutons ou d'autres animaux qui ne rapportent pas ce qu'ils mangent, en fixant leur valeur en argent et sous la condition qu'ils se partagent le bénéfice. Nous

trouvons pareillement dans Jérusalem. B. M. V. 4, (5). Schwab, p. 122 : Qu'appelle-t-on tson barzel? Si le propriétaire livrant à l'éleveur cent moutons...

Taux de l'intérêt. — Nous venons de dire qu'à l'époque antérieure à la mischna la convention qui porte le nom de tson barzel était extrêmement fréquente, il nous faut revenir sur ce point pour l'étude d'une autre question. Les mischna qui s'occupent du cheptel sont au nombre de trois qui sont à la suite l'une de l'autre. Nous les avons suffisamment citées pour que le lecteur sache où elles se trouvent. Toutes les trois disent bien qu'il y aura partage de bénéfices, aucune ne parle de partage de pertes. Il est vrai que Babylone explique bien que dans le cas d'une commandite, le marchand est gardien, c'est-à-dire dépositaire pour moitié; naturellement sur cette moitié les risques sont à charge du bailleur de fonds. Mais il faut remarquer que Jérusalem ne dit rien de tel; que d'ailleurs cette mischna y est plus courte, plus simple, moins subtile, en un mot plus ancienne. Par suite l'objection qu'on pourrait faire tirée de la commandite tombe. Or si nous lisons bien dans la troisième de ces mischna : L'éleveur ne doit pas recevoir du petit bétail de fer d'un Israélite, à la condition de subir seul les dommages et les pertes, et de partager le bénéfice, étant donné que cette mischna trouve nécessaire d'expliquer ce qu'est le bétail de fer, étant donné

que la ghemara de Jérusalem et une beraïtha de Babylone considèrent qu'il s'agit bien là en réalité de *pecora minuta*, étant donné que aucune des trois mischna ne prohibe la même convention relativement aux vaches et ânesses ; il en résulte que le cheptel que prévoit la mischna pour ces deux dernières sortes d'animaux est un cheptel de fer et qu'elle l'a autorisé.

Nous avons vu plus haut que le délai le plus ordinairement prévu en matière de cheptel simple était celui d'un an, bien que les décisions soient assez contradictoires. Ce délai d'un an est également le plus rationnel. Nous l'admettons donc ; pour la vache dans de pareilles conditions cela équivaut comme nous le savons à un intérêt de $161\frac{1}{2}$ 0/0. Sans doute du temps de la mischna nous voyons que dans certains cas le partage des veaux avait lieu avant la fin de l'année ; mais nous ne devons pas nous laisser troubler par cette constatation. En effet quand nous lisons à la même mischna on peut donner à l'éleveur le veau avec sa mère ou le poulain avec la jument, il est bien évident que ce ne peut être que pour l'année entière. De même nous voyons à la mischna précédente : « Il est permis de donner des veaux ou des poulains, pour que celui-ci (l'éleveur) les élève jusqu'au tiers du développement. » Nous trouvons un commentaire sur cette dernière phrase du reste tronquée dans la version de la mis-

chna de Babylone : « Il est permis de donner des veaux ou des poulains à un individu, pour que celui-ci les élève, et qu'ils se partagent le bénéfice, si l'éleveur n'a aucune responsabilité dans le cas de perte ou de mort des animaux ; car on ne peut pas dire qu'il est débiteur d'une moitié, puisqu'il n'en est pas responsable ; or s'il n'y a pas de débiteur, il n'y a pas d'usure. » Il est facile de se rendre compte que les deux versions proviennent d'une même disposition ; il est non moins facile de voir que la version de Babylone provient directement de celle de Jérusalem. Nulle part la supériorité du texte de Jérusalem ne s'affirme avec une netteté aussi grande et aussi manifeste, bien qu'à diverses reprises nous ayons pu constater son existence. Nous le répétons : pour les controverses ingénieuses c'est dans la ghemara de Babylone qu'il faut surtout les aller chercher, mais en ce qui concerne la mischna quand il y a une différence dans les deux versions on peut dire d'avance presque à coup sûr que Jérusalem représente la forme la plus pure et la plus ancienne.

Cela dit, revenons à notre mischna, version de Jérusalem. A moins d'un parti pris absolu il est impossible de voir là autre chose qu'un cheptel ; il n'est pas question d'autre chose dans tout ce qui précède, ainsi que dans ce qui suivra immédiatement. Ce qu'il est plus intéressant d'étudier ce sont les mots : jusqu'au tiers du développement. Ils sont suscepti-

bles de deux sens ; dans le premier cela signifierait : jusqu'au tiers de la croissance que peut atteindre l'animal adulte ; dans le second : jusqu'au tiers de la taille que possède le veau au moment où il est remis. Le premier de ces deux sens ne mène à aucun résultat satisfaisant ; il est impossible de trouver une raison convenable à une pareille disposition. C'est le contraire pour l'autre sens qui est aussi simple que rationnel. Une vache, avons-nous dit, rapportera un veau au bout de l'année ; 33 o/o dont moitié pour le

bailleur $= 16 \frac{2}{3}$. Si ce sont de jeunes animaux la croissance sera bien plus considérable par rapport au capital initial, elle atteindra près de 100 o/o pour des bêtes remises par le propriétaire à l'âge de un an. Ce fait provient de ce que comparativement au capital engagé les frais du cheptelier seront beaucoup plus élevés et de ce qu'il n'aura pas la jouissance d'une vache. Le bailleur doit donc en définitive recevoir la même rémunération quelle que soit le sorte de l'animal donné. C'est là du reste un principe d'économie politique qui a été rigoureusement exact de tout temps. Nous le trouvons déjà formulé dans le *Senchus Mór* : « Caite somuine cach seoit o bic co mor issaorrathuib ? A trian cach seoit issi a somuini co cenn mbliadna ». Aujourd'hui nous dirions : étant donné un pays et une époque le taux y est le même pour tous les placements. C'est

toujours la même idée : simple et évidente dans le premier cas, savante et d'apparence fausse dans le second ; vérité dans les deux cas. Quand le cheptel porte sur des veaux le bailleur doit donc recevoir la même rémunération que pour les vaches ; pour celles-ci il recevait la moitié d'un tiers, il doit recevoir également la moitié du tiers pour ceux-là. La règle est donc le taux de $\frac{1}{6}$. Un passage qui paraît se rapporter à cette notion se trouve encore à la *mischna*. Jérusalem B. M. V. 2 (3) Schwab, page 116. Babylone B. M. V. folio 64. Rabinowicz, page 274. Nous voyons l'espèce suivante : le locataire paye son loyer à terme échu, il doit payer 12 ; il paye d'avance, il ne paye que 10. La différence des deux nombres qui est 2 est le sixième de 12.

LE CAMBODGE

Après avoir publié quelques monographies relatives au droit Khmer, Leclère donna, en 1898, une traduction des principales lois sous le titre : *Les Codes Cambodgiens*. Cet ouvrage est trop important pour qu'il soit convenable pour nous de faire autre chose que d'y renvoyer le lecteur directement. D'après Leclère, les origines du droit Khmer seraient principalement hindoues. (« Les origines brahmaniques des lois cambodgiennes ». *N. R. hist.*, 1898, p. 609 et suiv.) Cependant sur les matières que nous aurons à étudier, la parenté est complètement nulle ou tout au moins, s'il y a influence hindoue, elle est invisible (1). Il semblerait au contraire que parfois certains développements d'allure philosophique et déclamatoire rappelassent la manière chinoise et par-

1. Tout au moins prenant comme terme de comparaison la forme dans laquelle nous possédons actuellement les Codes hindous. Maintenant ces derniers textes n'ont-ils pas été modifiés à une époque relativement récente d'une manière considérable, pour ma part je suis tout disposé à l'admettre.

fois des peines stipulées en coups de rotin rappellent les procédés chers aux fils de Han ; mais historiquement Leclère a montré dans l'article de revue que nous venons de citer qu'il n'existait pas de parenté directe du côté de l'Empire du Milieu. En définitive, il faut dans le domaine des contrats dont nous aurons à faire l'étude, proclamer la très grande originalité du droit cambodgien. Il faut tout de suite ajouter que, si elles sont originales, les dispositions des Krams ne sont pas toujours très concordantes. A notre avis, il n'y a pas lieu de s'en étonner, un grand nombre de préambules nous montrent que les lois que nous avons ont été faites d'après d'anciens textes palis et naturellement ces textes ont dû être rajeunis dans une mesure inégale, étant donné surtout que le législateur cambodgien ne paraît pas ordinairement posséder complètement son sujet. Pour nous ces défauts n'en rendent ces textes que plus intéressants, car elles nous permettent parfois de saisir l'évolution du droit d'une manière presque directe.

Il en est justement ainsi pour le louage de bateaux. Malgré que ce soit le point le plus intéressant, c'est par lui que nous commençons parce que c'est le plus facile. Les textes dont nous allons nous servir se trouvent au : Kram pohulla tép. III^e partie dont le début se trouve, t. II, p. 384 (1). (Les mots :

1. Des *Codes Cambodgiens*, de Leclère.

Kram pohulla tép. signifient loi rurale, décelant qu'ici comme dans la plupart des autres pays que nous avons passés en revue, le louage de navires provenait directement du bail d'animaux). Qu'on prenne d'abord l'article 123 ; il met le risque à la charge du bailleur : Si le navire loué périt par cas fortuit, le propriétaire ne doit pas intenter un procès à cause de la perte du bateau ou de la jonque à son locataire ; il n'a pas même le droit de lui en réclamer le loyer. — La disposition est claire et ne demande pas d'explication. Certains détails qu'elle contient nous montrent qu'elle est de date récente et tout notamment ce fait qu'elle parle de bateaux à vapeur. Il faut du reste remarquer que cette considération suffisante à prouver que la disposition est récente ne montre pas avec certitude que la règle qu'elle contient le soit également.

Si le bateau a été endommagé par la faute du locataire, celui-ci devra le remettre dans l'état où il était avant l'accident (art. 126) ; de plus le locataire devra encore payer des dommages-intérêts au propriétaire. On n'aperçoit pas très bien la raison de ces dommages-intérêts, mais peu importe.

Au contraire (art. 127) : « Quiconque loue un navire, (conduit), un bateau à vapeur, que des pirates lui enlèvent ou qui sombre dans une tempête doit en payer le prix entier et le loyer à son propriétaire. » Cette règle est non moins nette que la pré-

cédente et diamétralement opposée. Ici, c'est le locataire qui supporte complètement le risque. Quelle est la nouvelle et quelle est l'ancienne des deux règles, c'est ce que nous montre la suite de l'article 127. « Cependant si ce bateau est d'un prix élevé, il faudra par pitié n'exiger que son prix et lui faire grâce du loyer. Si le loyer représente une somme plus élevée que le prix du bateau, il faudra exiger le loyer seulement et lui faire grâce du prix. » Laissons de côté la dernière phrase qui dit une sottise. Nous voyons aussi distinctement que possible et et sur le vif, l'évolution vers l'amélioration du sort du locataire au point de vue des risques. Il y a là une première étape que le législateur cambodgien attribue à un sentiment de commisération envers le preneur, c'est-à-dire à une considération étrangère au droit, et quant à nous, nous sommes assez disposé à admettre cette assertion.

La première étape, disions-nous, que nous voyons réalisée, est que le locataire devra rendre la valeur de l'objet perdu, mais ne sera pas tenu d'en payer le loyer. Une deuxième étape nous est montrée par l'article 130 ; cet article a un objet un peu différent, mais très voisin. Il suppose qu'un individu a loué ou emprunté pour son travail un bateau sans s'assurer au préalable qu'il était en bon état et sans avoir été averti par le propriétaire. Le localaire se sert du bateau, celui-ci périt. Le locataire paiera le loyer

entier. Cependant si on trouve que le locataire doit en payer le prix, il faudra faire payer le tiers par le locataire et les deux tiers par le propriétaire ; ils ont été tous deux imprudents, le locataire en ne se rendant pas compte avant le contrat, le propriétaire en n'avertissant pas le locataire du mauvais état du bateau (1). De cette disposition que nous n'étudierons pas plus avant, nous ne voulons retenir que le partage de la perte. A la charge du locataire le loyer et un tiers du capital ; à la charge du bailleur les deux autres tiers du capital.

L'article 129 suppose que quelqu'un a loué un bateau pour se rendre dans une autre province et que ce bateau se brise ou se crève de lui-même. Le locataire est condamné à payer le loyer seulement ; cependant si le prix du bateau est peu élevé, il faut le condamner à payer son prix, mais son prix seulement. Il s'agit là, semble dire le texte, d'une mesure de faveur motivée parce que le bateau ne pouvait plus aller longtemps. Résumons ces divers articles, nous trouvons successivement à la charge du locataire, en cas de perte sans faute :

1 ^o	loyer,	et	prix	127
2 ^o	pas de loyer,	mais	prix	127
3 ^o	loyer,	une	partie du prix . .	130
4 ^o	loyer,	pas	de prix	129
5 ^o	ni loyer,	ni	prix	123

1. Dans ce cas le Talmud qui cependant chargeait l'emprunteur du cas fortuit le relevait de sa responsabilité.

Nous pouvons donc nous considérer d'ores et déjà comme fixés sur l'évolution de l'obligation aux risques ; mais voyons les autres exemples. Ils sont, comme nous l'avons dit, moins nets, mais ils conservent cependant encore un certain intérêt.

On en trouve un au Kram téasa Kamokar, tome I, début page 386. C'est une loi relative aux esclaves. Nous relevons l'article 46, page 400. En voici l'analyse. Quelqu'un emprunte un esclave pour le conduire par eau et s'en sert pour aller par terre ; l'esclave périt par cas fortuit (par exemple est mangé par un tigre) l'emprunteur doit payer le prix de l'esclave. S'il emprunte l'esclave pour le conduire par terre et qu'il aille par eau, si cet esclave périt l'emprunteur doit encore payer le prix. S'il l'emprunte pour le conduire par eau et par terre et que l'esclave périsse fortuitement, l'emprunteur ne paiera que la moitié, parce que le maître a prêté son esclave et parce que celui-ci est mort de lui-même. Dans les deux premiers cas on pouvait reprocher une faute à l'emprunteur et on le condamnait à payer le tout ; dans le troisième, il n'a rien à se reprocher, il doit payer la moitié de la valeur. La fin de l'article est peu claire. Elle suppose que le contrat a eu lieu entre personnes parentes et elle décide : si c'était pour aller par eau ou par terre, l'emprunteur ne devra rembourser que la moitié. S'il l'a emmené par terre au lieu de par eau ou inversement il ne

remboursera qu'un tiers. C'est évidemment une sottise. Probablement faut-il lire la moitié à la place du tiers et vice-versa, auquel cas le sens deviendrait fort admissible et fort vraisemblable. Même à notre avis cette hypothèse est d'autant plus probable que l'ordre des données ayant été retourné, celui des décisions est resté le même. Dans ces conditions et même dans tous les cas, il importe de retenir qu'il y a là une règle différente quand le contrat a lieu entre personnes parentes et cette différence s'explique très certainement par le motif qu'on doit avoir une grande bienveillance à l'égard des membres de sa famille.

Un autre passage que nous relèverons se trouve au Kram Sês (loi des chevaux) dont le début est tome I, page 444. L'article 26, page 451, nous dit : « Quiconque a emprunté un cheval afin de se joindre à une armée, et ne peut rendre ce cheval parce qu'il s'est enfui, devra payer à son propriétaire les deux tiers de son prix seulement, parce que cette perte s'est faite pendant qu'il faisait la guerre. S'il a perdu le cheval par défaut de surveillance, il sera tenu de payer son prix entier. » La considération de la guerre améliore ici la situation de l'emprunteur ; c'est ce qui résulte du mot seulement ; ainsi que du rapprochement avec l'article 24 relatif au recrutement par l'anha (1). Cet article suppose donc de

1. Agent de recrutement des chevaux.

principe la responsabilité complète de l'emprunteur, avec des adoucissements dépendant des circonstances, adoucissements qui sont nécessairement d'introduction plus récente que le principe qu'ils modifient. Les articles 23 et 24 relatifs à la responsabilité de l'anha disent d'une manière assez peu claire que l'anha n'est tenu qu'en cas de faute et n'offrent pas pour nous un grand intérêt.

Au Chbap krâm châkrey (loi des éléphants) dont le début est tome I p. 428. La responsabilité du locataire d'un éléphant en ce qui concerne le casus est variable et comporte plusieurs degrés. Premier degré : Eléphant loué pour la chasse à l'éléphant (1). Article 28 la perte de l'éléphant à la chasse est pour le propriétaire. deuxième degré : Partage de la perte Nous la trouvons encore dans le cas de chasse à l'éléphant (art. 29) Lorsque l'éléphant sauvage a blessé l'éléphant chasseur (mais non tué, ce serait alors l'art. 28) et qu'ensuite l'éléphant meurt des suites de ses blessures, le locataire paye un tiers du prix de l'animal. troisième degré : Perte entièrement à la charge du locataire. Cela a lieu dans le cas de la chasse à un autre animal que l'éléphant (art. 33) lorsque l'éléphant chasseur est blessé par l'animal

1. Sur la chasse à l'éléphant (nécessaire à connaître pour comprendre ces articles) par exemple Tennent dans Brehm. Vie des animaux. Mammifères (trad. Gerbe) tome II, p. 717, et aussi Aymonnier. Voyage dans le Laos, tome I, p. 61.

qu'il chasse, et meurt de ses blessures. Alors le locataire et le cornac doivent payer son prix : il n'y a pas lieu pour nous de distinguer les deux derniers individus (1).

Tout cela n'est guère logique, mais n'en est pas moins fort curieux à constater. C'est même d'autant moins raisonnable que les deux derniers alinéas de l'article 35 contiennent de véritables contradictions avec ce qui précède, 35 § 2 nous dit que si un éléphant en chasse un sauvage plus gros que lui et est tué par lui, le propriétaire a droit à l'intégralité du prix. Il est pourtant difficile de voir là une faute à la charge du locataire. Mais l'article 35 § 3 renferme la contradiction la plus nette avec l'article 28. Si l'éléphant sauvage attaque et tue l'éléphant chasseur, nous dit-il, le locataire devra payer un tiers du prix au bailleur. Enfin n'oublions pas l'article 25 : « Si un chasseur a loué un éléphant et son cornac, il doit recommander à cet homme de bien veiller sur sa bête. S'il ne lui a pas fait cette recommandation, et

1. On ne saurait trop recommander d'éviter l'usage du mot loueur, surtout dans le sens de locataire ; et surtout article 46 qui devient véritablement énigmatique. L'emploi du verbe louer présente aussi parfois des inconvénients très graves par exemple ici même article 25 et 26. Dans ce cas, le mieux est de se servir de l'expression prendre à louage, ou même, bien quelle ne soit pas encore admise, celle de prendre en location ou à l'inverse donner à louage ou en location.

si l'éléphant loué vient à disparaître, on devra faire trois parts de son prix et condamner le cornac à payer une part, et lui à payer deux parts. » Ainsi que d'autres textes que nous avons vus celui-ci n'est pas non plus extrêmement raisonnable. (Nous devons dire d'abord à titre d'explication que le mot : louer, a ici le sens de prendre à louage ou en location, conducere, mieten. Cela résulte de la comparaison de cet article avec les suivants). Il est assez puéril de faire recommander par le chasseur au cornac de bien veiller sur l'animal. Mais admettons ce point. L'animal disparaît. Y a-t-il ou non cas fortuit ? Nous n'en savons rien et cela dépendra de circonstances qui ne sont pas ici indiquées : le propriétaire reçoit le prix complet. L'article suivant, le 26 est contradictoire avec celui-ci. La donnée est sensiblement la même. Un chasseur loue un éléphant et son cornac pour la chasse à l'éléphant. Le chasseur descend ; l'éléphant pris de peur et s'enfuit en causant la mort du cornac ; la perte est entièrement pour le propriétaire.

L'article 46 est encore relatif à notre matière. Il commence par décider qu'une convention relative à la charge de la perte de l'éléphant, qui surviendrait par cas fortuit, doit être respectée et recevoir effet. Il suppose ensuite qu'un éléphant est donné à louage à un cornac à l'insu du maître de celui-ci, le cornac sera tenu d'exécuter l'engagement qu'il aura pris et de

payer au propriétaire le prix de l'éléphant mort ou disparu. Si au contraire le propriétaire l'a donné au cornac en présence du maître de ce dernier, si l'éléphant vient à mourir c'est lui propriétaire qui supporte la perte. On voit que l'avantage n'est pas gros. L'article est absurde. Des trois phrases c'est la seconde qui est cause de la sottise de l'ensemble. Comme d'autre part, prise toute seule, elle est parfaitement sensée, qu'elle ne réclame nullement l'accompagnement des deux autres, qui à l'inverse ne peuvent guère, surtout la troisième, se passer d'elle, nous en concluons que c'est la seconde qui est la plus ancienne et celle-ci pose la règle de la responsabilité du locataire. Cette disposition énonce alors cette règle extrêmement raisonnable que si l'éléphant été loué au cornac à l'insu du maître de celui-ci, le propriétaire aura action contre le cornac, mais contre lui et contre son maître. Ce passage constitue donc un argument excellent pour la théorie qui croit que la charge de la perte est passée peu à peu du locataire au bailleur.

L'article 47 dit en termes clairs : « Si quelqu'un a emprunté l'éléphant d'autrui sans prendre aucun engagement vis-à-vis du propriétaire, et si cet éléphant vient à mourir ou à disparaître, il en devra payer le prix. » Cet article est intéressant non seulement à cause de la règle qu'il donne, mais surtout par la comparaison avec l'article précédent. Somme

toute, à tout prendre, l'article 46 a l'intention de dire que le risque est à la charge du propriétaire sauf convention contraire : tandis qu'ici dans le cas de prêt il en est à l'inverse, et cela nous montre que l'évolution était déjà faite pour le louage à un moment où elle de l'était pas encore pour le commodat.

Après cela, il ne faudra pas quand même nous étonner de voir l'article 52 mettre en principe la perte à la charge du bailleur.

Cet amalgame indigeste de dispositions contradictoires dénote que cette loi (et en réalité le fait paraît vrai d'un grand nombre de ses semblables) est l'œuvre de compilateurs inintelligents qui ont puisé à des sources différentes et selon toute vraisemblance appartenant à des époques différentes. Nous avons donc en face de nous comme une sorte d'histoire du droit cambodgien d'où tout ordre chronologique aurait été banni et où toutes les données seraient bouleversées dans une espèce d'assemblage cahotique. Il appartient donc au critique de retronver le fil d'Ariane du problème et de reconstituer la norme générale de la transformation opérée, en considérant les solutions contradictoires non pas comme fausses mais en principe comme ayant reçu application dans des temps différents.

Nous relèverons encore au Kram pohulla tép. section II dont le début est tome II, page 369. L'article 129, page 378 suppose l'emprunt d'un buffle ; le

buffle est volé ou bien il devient borgne, aveugle, ou boiteux, ou malade. L'emprunteur doit en rendant le buffle, faire et payer le chang day. Le chang day est une satisfaction morale accordée au bailleur, malgré qu'il consiste en une somme d'argent, variant ici de 1 bat (grammes 9 $\frac{3}{8}$ d'argent) à 3 damloeng (le damloeng, grammes d'argent 37 $\frac{1}{2}$ = 4 bat). Nous remarquerons qu'en ce qui concerne spécialement le buffle l'emprunteur doit le rendre quand il a été volé c'est-à-dire évidemment en donner un autre semblable ; en ce qui concerne le cas de simple détérioration, nous préférons n'émettre aucune supposition. L'article 128, le précédent immédiat de celui-ci, traite une question voisine. Il s'agit de l'emprunt non d'un buffle, mais d'une barque. Il commence par mettre de la manière la plus nette le risque à la charge de l'emprunteur. Les cas prévus sont : si la barque sombre, si elle est mise en gage pour une dette, si elle est volée (il peut être curieux de remarquer en passant que la mise en gage de l'objet emprunté est mise sur le même pied que des cas véritables de perte) alors l'emprunteur doit remplacer c'est-à-dire fournir une autre barque semblable. Si la barque n'est que détériorée, il doit la réparer. L'article continue : de plus l'emprunteur fera le chang day de cette barque. Ici le chang day nous apparaît somme toute comme une sorte d'acte d'hommage fait par l'emprunteur au propriétaire, malgré les caractères particuliers qu'il

présente et pour les détails duquel nous renvoyons au texte. Il y avait là une difficulté très intéressante que la loi khmère a été sur le point d'apercevoir nettement et qui est celle-ci : En cas de perte totale la situation est la même pour une barque que pour un animal. En cas de perte partielle il n'en est plus de même. Ordinairement la barque pourra se réparer, tandis que très souvent l'animal ne pourra pas être remis dans l'état antérieur, et cependant dans un grand nombre de cas, il paraîtrait excessif de demander le remplacement. Il serait en ce sens assez séduisant d'admettre que le chang day en ce qui concerne la barque possède un caractère purement honorifique, tandis que pour le buffle elle aurait celui d'une satisfaction pécuniaire.

Nous trouvons au Chbap tumnim pi bauran, section II, dont le début est tome I, page 163, quelques dispositions relatives au dépôt fait entre les mains d'un religieux (n, p. 169). Naturellement le principe qui s'en dégage est que la perte fortuite est à la charge du déposant ; mais nous y trouvons des restrictions intéressantes. D'abord en cas de vol si l'objet reçu en dépôt est volé ou disparaît sans qu'aucun objet appartenant au dépositaire suive le même sort, la perte est pour le religieux qui a reçu le dépôt. Un second cas que nous trouvons à notre article est remarquable lui aussi. Le propriétaire d'un objet vient demander à un religieux de lui gar-

der cet objet ; le religieux refuse, mais le propriétaire laisse la chose et s'en va ; le religieux la prend pour la mettre en lieu sûr. L'objet disparaît ; le religieux doit alors en payer le prix, parce que dit le texte, le dépositaire a changé la chose de place.

Une hypothèse intéressante est relative au cas où une matière première (du métal) est remise à un ouvrier qui doit en fabriquer un objet façonné (une arme par exemple). Cette hypothèse est prévue dans les mêmes termes à deux endroits différents et y reçoit des solutions différentes. Le premier est au Chbap kaul Bantop, titre premier, article 7 (t. II, p. 484) ; le second au Kram puok III, article 7 également (t. II, p. 590). Voici comparativement l'analyse des deux articles. Nous appellerons le premier A et le second B.

Un artisan reçoit de l'or, de l'argent, du bronze pour en faire une arme ou un autre objet.

Décision commune aux deux textes. L'ouvrier ne doit garder ce qu'il a reçu que le jour, et, le soir il doit le rendre au propriétaire. Mais en fait il arrive qu'il les garde et ils sont volés.

A et B sont d'accord pour dire que l'ouvrier doit payer le prix des objets volés, mais a droit de se faire payer de son travail.

On suppose maintenant que des objets apparte-

nant à l'artisan ont été volés en même temps que ceux reçus pour les ouvrir.

A, premier alinéa, dit que l'ouvrier doit encore payer intégralement (sauf naturellement la valeur de la main-d'œuvre à déduire du prix de l'objet façonné, ce qui en définitive doit donner le prix de la matière première).

B, deuxième alinéa, donne la même solution. Mais, quatrième alinéa, en exigeant semble-t-il toutefois que le propriétaire n'ait pas expressément dit au chéang (artisan) de lui rendre les objets tous les soirs, il fait supporter un tiers de la perte par le propriétaire.

Dans l'hypothèse maintenant où le propriétaire a dit à l'ouvrier qu'il pouvait garder les objets chez lui, B dit d'une façon générale que le chéang ne sera tenu de rien rembourser. A au contraire distingue si les objets volés l'ont été en même temps que d'autres appartenant à l'artisan. Dans le cas de la négative, responsabilité complète de sa part. Dans le cas de l'affirmative, le troisième alinéa met deux tiers à sa charge, un tiers au propriétaire et le quatrième alinéa le libère complètement.

On voit combien les solutions sont différentes et pourtant les deux textes proviennent avec évidence absolue d'un même texte. Du reste, non seulement A contredit B, mais ces deux textes se contredisent chacun eux-mêmes. A se contredit par la comparaison des troisième et quatrième alinéas. Une lecture

un peu superficielle pourrait faire croire que le troisième alinéa n'est pas relatif au cas où le propriétaire a permis à l'ouvrier de garder la chose pendant la nuit et cette interprétation pourrait encore trouver une certaine base dans le rapprochement avec le quatrième alinéa de B. Il est possible, il est même très probable que 3° A et que 4° B aient la même origine, mais il n'en est pas moins vrai que dans leur état actuel ils ne visent pas la même question. 4° B s'occupe d'un cas où le propriétaire n'a pas dit au chéang de lui remettre les objets tous les soirs, il est en effet le complément naturel de 3° B, et d'autre part, le cas où le propriétaire a permis à l'ouvrier de garder la chose n'est prévu qu'au cinquième alinéa. Au contraire 3° A est à son tour le complément naturel de 2° A et en second lieu la fin de 3° A « le propriétaire les lui laissant afin d'avoir plus rapidement l'objet commandé », montre bien que le propriétaire a donné au chéang l'autorisation de garder. 4° A en plus de cette contradiction présente encore à remarquer la raison qu'il donne de sa décision ; c'est, dit-il, parce qu'on doit considérer que tous les deux sont en faute (1) ; par là la notion de faute prend un aspect abstrait tout à fait particulier qu'on est peu habitué à rencontrer. B présente lui aussi une contradiction entre 2 et 4. Pour 4 il suppose la con-

1. Ont eu tort, ont mal fait.

dition de 3 : si le propriétaire n'a pas dit au chéang de lui rendre les objets tous les soirs. Pour 2, cette condition n'est pas exprimée ; doit-on en conclure que pour qu'il s'applique il est nécessaire que le propriétaire ait demandé à l'artisan de lui rapporter la chose chaque soir ; nous sommes d'autant moins porté à le croire que 1 met de droit et en principe cette obligation à la charge du chéang, et de plus 2 ne parle pas non plus de la nécessité pour le propriétaire de demander expressément la restitution journalière.

Maintenant quelles conclusions pouvons-nous tirer de ces observations ? Un premier point que l'on pourrait considérer comme probable, c'est que si le propriétaire n'a pas permis à l'ouvrier de garder les objets, le second est responsable même quand les objets lui appartenant auraient été volés en même temps.

En effet, A nous le dit sans contradiction ; B le dit aussi au deuxième alinéa ; cependant ce procédé de critique n'est pas très bon parce qu'il est réversible et au lieu de commencer par le début si on commençait par la fin on arriverait rapidement à un résultat opposé ou à une impasse. Nous croyons qu'il vaut mieux juger en bloc la leçon de A et celle de B. La première phrase de A qui correspond aussi à la première de B est meilleure chez A ; chez B elle contient une redite qui paraît ajoutée et qui gêne la

marche de la phrase. La troisième phrase de 1 A est sans faute. La correspondante chez B qui est 2 B contient une distinction sans objet. De même encore 3 B n'offre aucune raison d'exister ; tandis que la correspondante chez A qui est 2 A enregistre une décision nouvelle et tout à fait indépendante des précédentes. Naturellement restent encore la contradiction de A ainsi que celle de B ; admettons qu'elles s'équivalent. Même nous croyons que celle de A a une importance moindre que celle de B. Dans A elle est formée par le rapprochement des deux derniers paragraphes ; tandis que chez B elle est produite par le deuxième et le quatrième c'est-à-dire qu'elle apparaît beaucoup plus tôt chez B que chez A et que tandis que chez A le passage formant contradiction est à la suite et tout à fait séparé des autres, chez B il est encastré dans un des alinéas du début. Pour l'ensemble de ces raisons, nous considérons la leçon de A comme la meilleure des deux et par suite comme la plus ancienne ; car le texte originaire était certainement pur et sans fautes. Or, c'est celle qui établit à la charge de l'ouvrier la responsabilité la plus grande. D'ailleurs dans un texte comme dans l'autre, si on les scinde à partir de la contradiction la première partie pose la même règle, à savoir que le chéang doit rembourser ; il est vraisemblable que c'est la première donnée qui est la plus ancienne. C'était par exemple le procédé que nous avons vu

employer déjà, par exemple au Kram pohulla tép. III, art. 127. En définitive tout concourt pour nous faire penser que la règle ancienne était la responsabilité de l'artisan dépositaire de l'objet à façonner et qu'il devait le rembourser quand il ne pouvait le restituer pour quelque cause que ce fût.

La question de responsabilité dans le contrat de gage se trouve traitée en divers endroits. Le gage peut être fait avec antichrèse ou au contraire en vif gage, nous disent divers textes, par exemple : Kram pohulla tép. 75. II, 412 ; de même, même loi art. 86. t. II. p. 415. Si le créancier a reçu le droit d'utiliser la chose, il doit s'en servir avec précaution et en prendre soin comme si cet objet lui appartenait. Si la chose périt par la faute ou par la négligence du créancier, celui-ci est responsable de la perte. Mais que faut-il décider quand la chose périt sans qu'on puisse rien reprocher au créancier ? Un premier texte relatif au gage (avec antichrèse, c'est du reste le cas qui paraît le plus ordinaire) d'un animal, au Kram pohulla tép. art. 80. II. 413 nous dit que s'il n'y a rien à reprocher au créancier et que l'animal périsse dans un des 4 cas de force majeure qu'il prévoit, la perte est pour le débiteur. Nous ne citerons pas ces cas ici ; ce n'est pas un cadre fermé et la classification n'offre pas un grand intérêt. Nous renvoyons donc au texte. Nous relèverons deux détails : le premier est constitué par les mots : la loi

dit, ce qui semble avoir l'intention de nous faire penser que le texte donné n'est que la reproduction d'un texte ancien. En est-il ainsi réellement ? C'est ce que nous verrons peut-être plus tard. En attendant, il convient de ne pas tenir grand compte de l'assertion de notre Kram. Le second détail est constitué par la phrase : il ne faudra pas condamner le détenteur de ce gage perdu à en rembourser la valeur. L'expression est un peu vicieuse ; il est moins question de savoir si le propriétaire de la chose perdue a ou non le droit de demander que le détenteur lui paye la valeur de cette chose, que de savoir si le créancier perdra ou non sa créance. Cette manière fautive de voir la question pour ainsi dire à rebours semble indiquer que la disposition, au moins dans l'état actuel, est l'œuvre d'un juriste de profession qui ne se rend pas un compte exact de l'application de la règle et alors le texte devrait être considéré comme probablement plus récent qu'un autre qui ne présenterait pas ce défaut.

La même loi article 84, II, 414 et article 95, II, 418 nous donne la solution pour le cas de gage, article 84, d'une charrette et, article 95, d'un bateau. Tous deux donnent la même solution que l'article 80 au sujet de la perte par force majeure et présentent également tous deux le léger vice que nous avons signalé dans le premier, avec en plus quelques autres petites défec-tuosités de moindre importance.

Au Kram bamnol, tome I, page 475, l'article 29 met d'une manière claire le risque à la charge du débiteur. C'est encore la même solution ; mais ici donnée sans fautes, ou à peu près. Il est à remarquer que ce texte prévoit un cas où il n'y a pas de convention d'antichrèse ; cas qu'il semble d'ailleurs trouver normal car il ne donne aucune explication sur ce point.

D'autres textes donnent des solutions différentes. En voici un où elle pourrait paraître douteuse ; c'est à la même loi (Kram bamnol) tome I, page 472, article 22. Cet article commence par poser le principe de la responsabilité du propriétaire du gage en ce qui concerne le risque. Mais il ajoute : De plus on défalquera du capital le prix de l'esclave ou de l'animal qui était en gage, et le créancier ne pourra prendre l'intérêt que du capital diminué de ce prix. Que signifie cette déduction ? Est-elle une simple opération de compte ou au contraire faut-il dire que le créancier perdra en réalité le prix de l'esclave ? Somme toute la réponse n'est pas absolument sûre ; néanmoins nous inclinons à croire par la comparaison avec le reste de la disposition qu'il ne s'agit là que d'une simple opération de compte. Faut-il maintenant considérer l'atteinte portée au droit du créancier comme une innovation ou comme un vestige d'un état de choses ancien ? (L'atteinte portée au droit du créancier est la perte de l'intérêt de la somme égale au prix de l'esclave.) A notre avis,

il faut plutôt voir là une innovation. En effet d'une part cette décision est mise tout à fait à la fin de l'article ; place où une modification nouvelle a le plus de chances de se rencontrer. En second lieu elle commence par les mots : de plus, et en réalité elle porte atteinte au principe indiqué quelques lignes plus haut que le créancier peut demander l'intérêt du jour où le gage a péri. Enfin l'allure générale de l'article est dirigée contre le créancier ; ainsi par exemple là où la loi pourrait dire : le créancier pourra prendre l'intérêt à compter du jour, elle dit : le créancier ne pourra prendre l'intérêt qu'à compter du jour. La disposition exceptionnelle de notre texte doit donc être considérée tout simplement comme un pas fait dans le sens de l'aggravation du sort du créancier (cette disposition croit marquer un pas en avant dans l'évolution du droit, tandis qu'elle le fait au contraire en arrière).

Ce sont maintenant deux articles l'un de Chbap kaul bantop II. 495. art. 30, l'autre du Kram Puok II. 608. art. 50, qui réclament notre examen. Tous paraissent deux leçons d'un même texte ou plus exactement paraissent avoir la même origine. Nous avons déjà vu un exemple tout à fait analogue quelques pages plus haut. Ces deux articles sont malheureusement un peu trop longs pour être cités textuellement, nous renvoyons donc aux passages indiqués. En voici l'analyse ; nous appellerons

encore ici A la disposition du kaul bantop et B celle du puok.

Un gage a été donné pour sûreté d'un prêt d'argent ; il consiste en une personne (esclave ou membre de la famille du débiteur) ; il y a convention d'antichrèse ; c'est-à-dire que le créancier aura le droit de faire travailler l'esclave à son profit, mais en revanche il ne pourra pas demander d'intérêt.

L'esclave tombe malade et meurt. Le débiteur doit le remplacer. S'il ne peut le faire il devra payer par jour ; leçon A : 1 hvong si l'esclave décédé était un homme ; (1 pey = 1/2 hvong) si c'était une femme. Il en est ainsi si l'esclave se nourrissait. B : 1 sloeng pour le cas d'un homme ; 1 pey pour une femme. Ne dit rien sur la nourriture de l'esclave (1 sloeng = 2 hvong).

Si l'esclave a été engagé non pour un temps, mais à titre définitif : A, dans ce cas il doit être nourri par le maître. B, ne dit rien à ce sujet. Si cet esclave tombe malade : A, les deux maîtres doivent le soigner ; B, le maître doit le soigner. S'il meurt : A, ce sera un malheur (Leclère interprète un malheur pour le créancier) ; B, le maître ne peut rien réclamer.

Si l'esclave s'enfuit, le débiteur devra le remplacer par un autre. A, s'il n'en peut trouver un, et s'il rencontre et reconnaît son esclave, il pourra lui réclamer des intérêts doubles : B, le débiteur devra payer le double du tarif indiqué plus haut.

On voit qu'on attache une importance capitale à la question de savoir s'il s'agit d'un gage définitif. Qu'est-ce qu'un gage définitif ; en quoi consiste-t-il ? C'est ce qu'il semble bien impossible de dire. On l'oppose au gage donné pour un temps. L'article suivant semblerait vouloir signifier que le gage définitif est l'antichrèse ; mais il serait alors en contradiction avec celui que nous étudions. Quant à l'expression : gage donné pour un temps, on ne voit pas quelle idée satisfaisante on peut bien retirer de là. Le gage est toujours donné pour un temps et c'est le temps du prêt. A notre avis, la meilleure solution de ce problème est de dire que ce mot n'a pas de sens et a été au début puisé dans un texte qu'on a mal compris. Nous trouvons même cette solution d'autant plus satisfaisante qu'elle explique d'une façon très naturelle une sottise de A, qui dit pour le cas où le gage n'est pas définitif, que l'esclave doit se nourrir lui-même.

Nous disons que ce dernier passage de A est une sottise et voici pourquoi. D'abord, on peut remarquer qu'il ne se trouve pas chez B ; et c'est là un premier motif de suspicion. Mais surtout quelle vraisemblance y a-t-il qu'un esclave donné en antichrèse ne soit pas nourri par le créancier ? De plus, la somme que le débiteur devra alors payer en cas de mort de l'esclave, représente l'intérêt de la somme prêtée et doit donc en principe être égale à la valeur

de la journée de l'esclave. A cet égard, il sera utile de comparer ces textes avec un autre qui se trouve au Kram bamnol t. I, p. 459, c. Il y est dit que la journée d'un esclave est d'un hvong et celle d'une esclave de la moitié d'un hvong ($1/2$ hvong = 1 pey). C'est le tarif que nous trouvons à nos textes ; sauf que d'après B ce serait 1 sloeng = 2 hvong dans le cas où le gage est un homme. Ce dernier chiffre n'est pas admissible. Il est d'abord en contradiction tant avec A, qu'avec celui du Kram bamnol. Ensuite nous voyons pour ainsi dire partout que la journée d'un homme est estimée au double de celle d'une femme. (V. outre les textes ici cités, t. 2. 548. (118) et t. 1. 407. Or, dans le texte du Kram bamnol rien ne nous autorise à penser que l'employeur ne nourrit pas l'esclave. Par conséquent, il doit en être de même à plus forte raison pour ce qui concerne le gage. On peut faire remarquer d'ailleurs que la phrase de A que nous incriminons, serait dans tous les cas mauvaise. Si l'esclave n'est pas nourri par le créancier, il ne pourrait l'être que par le débiteur. Le texte dit que l'esclave se nourrit lui-même ; cela ne pourrait se faire que si l'esclave avait un pécule en entrant chez son nouveau maître et vivait sur ce pécule ; hypothèse aussi peu vraisemblable au point de vue de l'application pratique qu'au point de vue de l'interprétation spéciale du texte.

Dans l'alinéa relatif à l'engagement « définitif »

nous trouvons encore une autre divergence entre A et B. Suivant B quand l'esclave tombe malade, le maître doit le soigner ; suivant A, ce soin incombe aux deux maîtres. Le mot maître ici est ambigu ; est-ce du créancier ou du débiteur qu'il s'agit ? Le débiteur est propriétaire et à ce titre peut être considéré comme maître ; le créancier fait travailler l'esclave pour son profit et comme il l'entend (1). La traduction de Leclère nous semble cependant aussi bonne que possible (2). Voici ce qui, dans les conditions actuelles, peut éclairer nos idées. Dans A, nous lisons : « Si cet esclave a été non engagé pour un temps, mais remis au créancier à titre définitif, il doit être nourri par le maître ». Ici maître ne peut signifier que créancier, malgré semble-t-il l'emploi de deux mots qu'il y aurait alors pour exprimer la même idée. Dans B, on voit : « Si cet esclave tombe malade et meurt, l'emprunteur devra fournir un autre esclave au maître. » Maître ici encore ne peut signifier que créancier. Nous signalerons une expression

1. Ce qui ne veut pas dire qu'il ait le droit d'abuser de l'esclave : il ne peut ni le blesser, ni le faire souffrir, ni lui imposer un travail au-dessus de ses forces, ni même avoir avec cette esclave, si c'est une femme, des relations amoureuses contre le gré de celle-ci. (Cependant en ce qui concerne ce dernier point, il y aurait peut-être lieu de réserver la question si très anciennement il en était ainsi.)

2. C'est dans des cas comme celui-ci qu'une traduction mot à mot avec texte en regard montre le mieux sa supériorité sur une traduction en français correct, si bonne qu'elle soit.

que nous trouvons au Kram Bammol ; c'est celle de « machas bâmnol » qui littéralement signifie maître de la dette et qui est prise dans le sens de créancier, (t. I, p. 459. b). Quant à la variante : ce sera un malheur (la mort de l'esclave) ; ou bien « le maître ne peut rien réclamer » nous nous rangeons à l'opinion de Leclère qui pense que la phrase de A signifie que le créancier supporte la perte. Cependant, il faut bien remarquer qu'on pourrait sans absurdité interpréter aussi : sera un malheur pour le débiteur. Ordinairement cette expression : « c'est un malheur » expression qu'on trouve dans les lois n'ayant entre elles absolument aucun lien de parenté veut dire c'est le propriétaire qui supporte la perte. Il faut ajouter toutefois que nous la trouvons à propos de contrats de louage ou de commodat où la question est de nature à paraître différente. Pour cette raison ainsi que par le rapprochement de l'obligation du créancier de soigner l'esclave, obligation qui existe au moins partiellement chez A, nous pensons en définitive que sur ce point A et B donnent la même solution à savoir qu'en cas de mort de l'esclave la perte est pour le créancier.

Revenons maintenant à la question des variantes au sujet de l'obligation aux soins en cas de maladie. Celle de B est incontestablement meilleure ; la phrase y est plus simple d'abord, et surtout elle est logique, car si en cas de mort on fait retomber le poids de la

perte entièrement sur le créancier il est naturel qu'en cas de maladie ce soit lui également qui supporte les frais. La variante de A porte d'ailleurs la marque d'une correction ignorante ; il y est parlé des deux maîtres. Le raisonnement du copiste est facile à retrouver. Ayant dans le texte dont il se servait, les mots « le maître », il s'est fait le raisonnement que nous indiquions un peu plus haut et s'est dit qu'en réalité, l'esclave avait deux maîtres. Mais étant admis que la leçon de B est meilleure que celle de A et par suite probablement plus semblable au texte qui leur a servi d'original à tous deux, nous ne pouvons cependant rien en conclure en ce qui concerne la primitivité relative du premier et du second paragraphe. Tout au plus remarquant que le troisième alinéa donne une solution du même sens que le premier, pourrions-nous voir là une légère probabilité pour admettre que la solution du second paragraphe est la plus ancienne.

La solution de cette question nous paraît par contre se trouver au Kram téasa Kamokar (I. 390.14.) Voici l'article : « Quiconque a des esclaves hommes ou femmes, ne peut réclamer le prix des journées de maladie, quelque soit la journée de cette maladie. Si l'esclave meurt dans la maison du maître, celui-ci ne pourra rien réclamer à celui qui l'a engagé. » Avant d'étudier ce texte, il faut avoir bien présent à l'esprit que à l'époque des compilations que nous

possédons, le principe est la responsabilité du débiteur, ainsi que nous l'avons vu au début, dans le textes que nous avons examinés pour commencer. La disposition devant laquelle nous nous trouvons maintenant est une disposition oubliée. Il suffit de lire les articles qui précèdent et ceux qui suivent, pour voir qu'elle n'est en aucune façon à sa place. D'un autre côté, il faut un effort d'attention et de réflexion pour se rendre compte du sens exact de l'article. Supposer que le compilateur du Kram téasa Kamokar comprenait ce qu'il écrivait serait supposer une chose d'autant plus invraisemblable que partout ailleurs il s'efforce dans la première phrase de chaque article, de nous faire comprendre aussi clairement que possible l'hypothèse juridique dont il va donner la solution. Or, ici, c'est seulement la fin de la dernière phrase qui nous montre, nous ne disons pas avec certitude, mais tout au moins avec clarté, qu'il s'agit d'un contrat de gage. Il faut d'un autre côté remarquer que placé dans son élément et convenablement amené, notre article serait très clair, bref et ferme. Ces considérations groupées constituent un ensemble de raisons très sérieuses de nous faire penser que nous avons affaire ici à la règle ancienne. Donc, en définitive, pour le gage comme pour les contrats de louage, de commodat et même de dépôt la règle a évolué dans le même sens : res-

ponsabilité de moins en moins forte pour le détenteur et inversement pour le propriétaire (1).

Nous en avons fini avec cette question de la charge des risques en droit khmer et pouvons en aborder d'autres qui pour demander des développements un peu moins longs, n'en offrent pas moins cependant une certaine importance ; ainsi par exemple celle du taux de l'intérêt.

A cet égard les règles principales se trouvent, c'est tout naturel, au Kram bamnol. Nous y lisons (t. I, p. 459. c.) : L'intérêt d'l damloeng est de 1 hvong par mois (1 damloeng = 32 hvong) ; c'est donc un intérêt de $37\frac{1}{2}$ o/o par an. Un autre texte de la même loi, (t. I, p. 468.14, § 4) suppose implicitement qu'il faut trois ans pour amener le doublement d'une dette, cela fait un intérêt de $\frac{1}{3} = 33$ o/o. De fait étant donné le système monétaire cambodgien, le rapport de 1 hvong à damloeng par mois est le rapport simple le plus voisin de 33 o/o. Par conséquent, nous de-

1. On pourrait encore noter qu'à une époque évidemment relativement récente, on voit une tendance à diminuer la responsabilité de l'emprunteur dans le cas d'un mutuum. Kram bamnol I. 466.8 Kram sauphéa thipdey (II. 507. 3) et Kram puok II. 2593.14. La décision est d'ailleurs confuse. Enfin pour terminer mentionnons au Kram puok encore II. 588.38. § 3 un passage qui dans son état actuel est absurde ; mais qui semble avoir été emprunté à un texte qui diminuait la responsabilité de l'emprunteur à mutuum.

vons admettre que le législateur khmer a considéré la différence comme négligeable.

Pour les prêts en nature, exigibles dans un an, nous dit la même loi (art. 16), l'intérêt est de 50 o/o. Pour deux ans, l'intérêt égale le capital.

En ce qui concerne les esclaves comme nous l'avons déjà vu, la journée de travail est d'un hvong pour les hommes et de 1/2 hvong pour les femmes. Nous trouvons cette règle énoncée expressément au Kram bammol I. 459. c. De même encore II, 48, 17, on doit évaluer la journée de travail de l'esclave s'il est un homme à un hvong, et s'il est une femme à 1 pey. De même encore II. 581. 41. 1 hvong pour un homme, 1 pey pour une femme. On trouve en outre un assez grand nombre de passages dans diverses lois qui la supposent implicitement. Les passages sont pour la plupart relatifs à l'indemnité due par le propriétaire d'un esclave qui l'a engagé auprès d'un prêteur, en cas de fuite, parfois de mort de cet esclave. Outre les deux textes que nous avons étudiés quelques pages plus haut, nous pouvons encore citer II. 548. 118 et enfin II. 566. 7. où le tarif indiqué est de 1 pey pour une femme et de 1 duong pour un homme. Nous considérons comme incontestable qu'il y a un lapsus et qu'il faut comprendre 1 hvong ; la somme de 1 duong serait hors de toute proportion avec le dommage (1).

1. Nous avons toujours admis que le pey était la moitié du

La valeur de l'esclave (valeur légale, comme celle de la journée du reste et non valeur réelle ; peu nous importe d'ailleurs. A l'époque sans doute très ancienne où ces chiffres ont été fixés, ils correspondaient vraisemblablement à la valeur réelle.) est de 30 damloeng pour un esclave sain et vigoureux de seize à quarante ans. Rapprochement de Kram puok II.605.45. § 2. Kram préas réachéa khant II.615.1. Kram teasa Kamokar 1.398.40. Nous pouvons remarquer en passant que d'après ces deux derniers textes

hvong. Il importe aussi bien pour le lecteur que pour nous, que nous donnions quelques éclaircissements sur ce point. En ce qui concerne les autres monnaies toutes les données que nous avons trouvées concordaient parfaitement ; mais pour la valeur du pey les unes indiquent cette dernière pièce comme étant la moitié d'un hvong ; d'autres comme un quart seulement. Ainsi rien que dans les Codes cambodgiens, I. 433. note 3, Leclère nous donne une échelle des monnaies khmères d'après laquelle le pey vaut $1/2$ hvong ; au contraire II.566.7 et II.354. note, il nous le présente comme étant du quart. En dehors de cet ouvrage, nous avons trouvé également des indications dans deux sources différentes : l'une donne le pey pour $1/4$ hvong, l'autre pour $1/2$. Au reste, peut-être ce rapport a-t-il changé au cours des temps. Dans tous les cas, admettre que le hvong vaut 4 peys serait faire naître de très nombreuses contradictions dans les textes que nous venons de relever, contradictions qu'on évite complètement dans le rapport de 1 à 2, et ce que nous disons en ce moment acquiert une nouvelle force si on remarque que *a priori* dans l'état de civilisation où nous voyons les Khmers, le travail d'un homme doit valoir le double de celui d'une femme.

la valeur des esclaves d'origine étrangère est considérée comme supérieure à celle des khmers. Ce point trouve probablement son explication dans ce fait que la tarification pour cette sorte d'esclaves a été faite à une époque postérieure ; pendant cet intervalle la valeur des choses avait dû augmenter et cependant on n'était pas assez hardi pour modifier le chiffre de 30 damloeng fixé par la loi ancienne. Au reste peu nous importe ; tout ce que nous voulons retenir c'est le prix de 30 damloeng.

L'importance de ces chiffres en ce qui concerne le taux d'intérêt a été si bien comprise du législateur cambodgien qu'il donne au Kram bamnol l'indication du prix de la journée de l'esclave immédiatement après celle du taux d'intérêt de l'argent. Pour nous, si nous considérons le rapport de 1 hvong par jour à 30 damloeng de capital nous voyons que cela représente un intérêt de $\frac{1}{32}$ par mois ou $37 \frac{1}{2}$ 0/0 par an ; c'est-à-dire le même taux que nous avons trouvé indiqué pour le prêt d'argent. En passant, nous remarquerons que cette constatation confirme et même d'une manière extrêmement forte, deux idées que nous avons émises plus haut ; la première c'est que c'est le détenteur de l'esclave qui le nourrit ; la seconde c'est que c'est aussi le détenteur qui anciennement supportait le risque. D'un autre côté, nous avons dit que la loi Khmère paraissait négliger la différence entre $\frac{1}{3}$ et $37 \frac{1}{2}$ 0/0. Une autre con-

séquence de la constatation du même taux pour les esclaves que pour l'argent est de nous faire rejeter à un second plan le taux de 50 o/o, que nous avons trouvé indiqué pour les prêts en nature. Mais laissons provisoirement cette question pour y revenir un peu plus loin.

Une règle que l'on trouve indiquée d'une manière très ferme dans un très grand nombre de passages et sans aucune divergence entre eux et que par conséquent nous devons considérer comme ayant existé pour ainsi dire de tout temps, c'est celle que le cours des intérêts est irrévocablement arrêté quand ils ont atteint le capital (1). Signalons sans nous y arrêter, la question n'ayant pour nous qu'une médiocre importance, que la pratique cherchait parfois une atténuation à la règle par le moyen suivant : à l'expiration du temps de productivité du capital, si le débiteur ne pouvait pas payer, on détruisait le billet primitif et on le remplaçait par un nouveau du montant d'une somme deux fois plus forte. Nous trouvons deux articles relatifs à cette combinaison. L'un au Kram sauphéa thipdey, 11.542.93, et l'autre au chbap kaul bantop, 11.494.29. Tous deux paraissent d'époque moyenne ou même de basse époque. Natu-

1. Comme les textes sont très nombreux et sans divergence, que nous ne pouvons les citer tous et qu'il n'y a pas de raison que nous citions plutôt l'un que l'autre, nous n'en citerons pas pas du tout.

rellement ils réprouvent et condamnent tous deux cette opération. Il faut bien comprendre qu'il s'agit des intérêts restés en retard, et qu'on ne fait pas entrer en ligne de compte les intérêts passés qui ont été régulièrement payés.

Une autre règle qui paraît en corrélation étroite avec celle-ci est la prohibition de l'anatocisme. On ne la trouve pas énoncée explicitement d'une manière générale tout au moins, car la combinaison que nous venons de voir n'était au fond qu'une convention d'anatocisme ; d'un autre côté, des textes comme Kram bamnol 1.468.14. 4^e alinéa ainsi que même loi 1.469.16, §1, supposent l'absence d'intérêts produits par les intérêts échus et non payés.

La règle de l'arrêt des intérêts au double est à notre avis la source originaire de dispositions que nous rejetons plus ou moins complètement au sujet du taux des intérêts, mais que nous ne nous considérons pas en droit de passer sous silence. Ainsi par exemple chbap kaul bantop II. 494. 29 : « Quiconque a emprunté du paddy ou de l'argent, au bout d'un mois devra le double de ce qu'il aura reçu. » Kram sauphéa thipdey II. 542. 93 : « Celui qui, étant très pauvre, emprunte à autrui soit du paddy, soit de l'argent, doit au bout d'une année le double. » De même encore Kram puok II, 607. 49. Doublement en douze mois. De même encore chbap kaul bantop II. 488. 12. Il décide que pour les prêts sans fixation

d'échéance de remboursement, le débiteur s'il paye avant trois mois, se libère en rendant le capital seulement, plus tard, il doit rendre le double. S'il y a une date fixé pour le remboursement, si le débiteur paye moins d'un an après cette date, il se libère en rendant le capital seulement, plus tard il doit rendre le double. Au Kram puok II. 593. 12 nous trouvons la même règle. Au Chbap khon sala II. 47 et 48 art. 15 et suiv., nous voyons des cas particuliers il est vrai, mais qui paraissent la simple expression d'une théorie générale. La règle en est la même pour tous les cas examinés : pour un an l'intérêt ne peut être supérieur à deux pour un. Certes, nous devons convenir que le nombre des textes fixant ainsi le taux à 100 o/o par an, est élevé ; à mon avis, cela montre simplement combien est contagieuse dans ces textes l'infection d'une erreur. Quant à l'origine de cette erreur probablement se trouve-t-elle dans la confusion suivante. Les textes anciens devaient dire que l'intérêt était payable chaque année. D'autre part, ils édictaient que l'intérêt ne pouvait dépasser le capital, c'est-à-dire que le débiteur ne pouvait être tenu de payer plus de deux pour un. Le commentateur en aura tiré cette conclusion que l'intérêt pour un an, ne devait pas dépasser le capital. Au reste cette question ne doit pas nous arrêter plus longtemps.

L'importance et l'ancienneté du taux de 33 o/o semblent encore se manifester d'une autre manière,

c'est par le rôle joué par le délai de trois ans, particulièrement en matière de gage, ainsi qu'en celle de prescription. Commençons par dire, résultat un peu négatif, que le Kram pohulla tép, qui est la loi qui s'occupe principalement de la question, nous présente comme délai légal l'espace de dix ans. Ce sont d'abord à notre loi, art. 63, II, p. 408 : « Mais s'il ne s'est pas écoulé au moins dix ans, le temps légal... » relatif à la prescription acquisitive. Egale-ment même loi art. 72, II, p. 411 : « Si le délai de dix ans, délai légal, est écoulé... relatif au gage. Au Chbap kaul bantop II, 485.8 : « Quiconque a engagé des objets à dix ans pour les dégager... » Au Kram kath bandoeng nous trouvons une règle différente (11.169.44) mais qui suppose celle-ci. Le délai est porté à vingt ans. Il s'agit d'une créance à faire valoir par un héritier. Entre parenthèses, Leclère dit : « Autrefois, c'était dix ans. » Nous n'estimons pas quant à nous que ce texte mérite une mention particulière. Nous le regardons comme confirmant la règle des dix ans, c'est tout. Aussi bien ne serait-il pas impossible de trouver, si on le voulait, d'autres textes semblant indiquer non pas des délais légaux sans doute, mais tout au moins des chiffres de 15, 20 ou 30 tels que au Kram puok II, p. 568, art. 9 et 10. Beaucoup plus importants et plus intéressants sont des textes parlant de délais de trois ans. Nous ne tiendrons pas compte de Kram puok II, p. 607.49,

où il est parlé de « trois, quatre et plusieurs autres années ». Il en est à peu près de même de Kram sauphéa thipdey II, 536.74 : « Si donc celui-là laisse passer trois ans, cinq ans, la loi dit qu'il est obligé de racheter son gage ». Finalement le texte pose un délai de sept ans comme définitif ; mais on peut remarquer cependant que le plus important des chiffres indiqués est le premier à partir duquel la reprise du gage ne peut plus être faite par le débiteur. Dans les deux cas c'est trois ans. Plus net est cependant Kram pohulla tép. II. 410.70 obligeant dans le cas d'un prêt avec gage à échéance fixée, le créancier à garder l'objet du gage pendant trois ans encore après l'échéance. Ici aucun autre nombre n'est indiqué. Aussi net et paraissant encore meilleur de rédaction est à la même loi, l'article 62, II. 407. fixant le délai de la prescription acquisitive d'un terrain à trois ans. Très curieux également, quoique relatif à un objet un peu différent, à la même loi, les art. 65 et 67, II, p. 408 et 409. Il s'agit d'une personne qui veut concéder une terre ou une habitation à une autre personne. Aucun détail ne nous est donné sur les obligations du détenteur, vraisemblablement doit-il payer un loyer (ou tout au moins un symbole de loyer s'il s'agit d'un rapport de clientèle). On ne nous dit rien. Mais ce que nous voyons par contre de bien clair, c'est que ce contrat se conclut en principe pour trois ans. Au bout de trois ans, le propriétaire

redevient libre de son terrain. Mais vraisemblablement, en pratique, il devait garder le même tenancier ; cette situation de fait a dû tendre à se transformer en état de droit, et en effet, nous pouvons lire : « Si au cours des trois ans, celui qui a obtenu le terrain pour l'habiter est venu, conformément à la coutume, demander la permission de l'habiter encore, il pourra continuer de l'habiter. » Mais, fait encore bien curieux, au bout des trois ans, en demandant à continuer la tenure, le détenteur doit faire un acte d'hommage qui consiste à préparer des baguettes odoriférantes et des bougies de cire. L'article 65 présente également des détails curieux. (Je mentionne dans tous les cas qu'à mon avis il ne s'agit pas là d'un véritable contrat de louage ; il semble plutôt s'agir d'une concession de terre faite par un patron ; au fond, le fait n'en est peut-être que plus intéressant, si on remarque que ce contrat qui n'est plus un louage, en avait été un très ancienne-ment.)

Si nous revenons au gage, nous trouvons pour finir deux articles parallèles qui sont très nets et encore plus importants que ceux examinés jusqu'ici. Le premier se trouve au Chbap kaul bantop II. 485. 8. et le second au Kram puok II. 590. 8. Voici le premier : « Si (quelqu'un) a engagé son esclave pour un délai de trois ans et s'il ne le dégage pas avant le délai écoulé, cet esclave deviendra la pro-

priété de celui qui l'a reçu en gage. » Voici maintenant l'autre : « Si rien n'a été dit et que ce qu'on a mis en gage soit une personne, grande ou petite, on doit dégager au bout de la troisième année, sinon, la personne engagée sera tout à fait esclave. » Nous y voyons d'abord que le gage est de l'espèce que les Allemands appellent *Verfallpfand* ; d'ailleurs le droit khmer ne connaît pas d'autre sorte de gage. Nous y voyons surtout posée en principe la règle, que le gage est conclu pour trois ans ; il est vrai que nos textes ne parlent que d'engagement d'esclaves, mais nous n'avons aucune raison de penser que la règle n'était pas générale, c'est-à-dire ne s'appliquait pas à toutes les choses, si elle doit être considérée comme ancienne.

Qu'on nous permette ici une petite digression sur un point très intéressant, mais ne demandant pas des développements assez longs pour être traités à part. Le second texte ne dit pas comme le premier que l'esclave doit être retiré avant la fin de la troisième année ; mais au bout de la troisième année. Il y a là une nuance fort importante, car le second texte semble dire que le dégagement de l'objet ne peut pas s'effectuer avant le délai fixé. Sur ce point nous trouvons au Kram puok II, 576 l'article, 26 qui dit expressément que le débiteur « n'a pas le droit de dégager ces choses, ces animaux ou ces personnes (qui ont été données en gage) avant l'époque fixée,

parce qu'on avait pris soin de fixer cette époque ». Or il n'y a pas de doute que dans son ensemble la législation cambodgienne n'admette le dégagement avant l'échéance. D'autre part, l'article 26 du Kram puok à partir de : la loi dit, est simple, clair et ferme. D'autre part, on peut remarquer que cette règle est très naturelle en ce qui concerne le gage d'animaux ou même de champs de culture. Donc, cette règle doit être considérée : 1° comme ayant réellement existé ; 2° comme étant la règle ancienne.

Mais revenons à la question des trois ans. La règle fixant le délai à trois ans est-elle plus ancienne que celle le fixant à dix ans. Dans son ensemble la législation cambodgienne considère le délai de dix ans comme étant le délai légal. Nous avons trouvé notamment un assez grand nombre de textes ne laissant aucun doute à cet égard (1). Sans attacher plus d'importance qu'il ne convient à certains textes d'ailleurs récente fixant à une date plus longue les délais dont nous parlons, ce qui aurait pour effet par contre-coup de nous faire considérer les trois ans, comme plus anciens que les dix ans, nous pouvons retenir que parmi les textes fixant le délai à trois ans, se trouvent les dispositions relatives à la concession de terrains pour habiter, textes paraissant avoir un fondement très sérieux, mais mal compris et mal

1. Ce délai de dix ans est peut-être bien d'origine hindoue.

expliqués par le compilateur, ce qui est une marque d'ancienneté pour les règles à en tirer qui y sont contenues.

Si nous examinons de nouveau et attentivement les deux textes II. 485. 8 et II. 590. 8. voici ce que nous pouvons remarquer. D'abord le premier que nous appellerons A (et l'autre B) est dans l'ensemble le meilleur ; le style en est plus ferme et plus clair. La comparaison de la première phrase avec la seconde est pour ainsi dire ici le nœud de la question. La règle des dix ans est mal comprise dans B ; nous ne chercherons pas à le nier, tandis qu'elle est bien exposée dans A. Cependant en ce qui concerne la seconde phrase elle est à mon avis meilleure chez B. Au fond ces divergences que nous pouvons noter dans des textes ayant la même origine doit provenir de ce que les compilateurs les ont retouchés d'après d'autres textes que naturellement nous ne possédons pas. Mais dans tous les cas la première phrase, que nous prendrons telle qu'elle est chez A parce que des deux versions c'est la seule qui la comprenne bien, cette première phrase présente certaines particularités qui attestent qu'elle ne provient pas d'une origine très ancienne, et c'est notamment toute la fin : s'il n'y a pas eu d'intérêt convenu, il (le débiteur) n'aura que le capital à rembourser. Ce texte n'a pu être écrit qu'à une époque relativement récente où il y avait des contrats de prêt sur gage sans antichrèse.

De plus en ce qui concerne la seconde phrase, la règle des trois ans est assez mal comprise chez A et l'est bien au contraire chez B, comment se fait-il qu'il y aurait une règle spéciale pour les esclaves ayant pour effet de réduire dans ce cas la durée du contrat ? Une raison tirée de la mort possible de l'esclave serait mauvaise ; car elle s'appliquerait beaucoup moins bien au gage d'esclaves qu'à celui de certaines autres choses et tout spécialement des animaux. Néanmoins la première phrase est très générale « Quiconque a engagé des objets... » ; la supposition que la règle de dix ans aurait été modifiée pour être réduite à trois ans dans le cas spécial d'un esclave ne trouve aucune base dans le texte qui ne nous indique en aucune façon le motif pour lequel aurait été opérée cette réforme. Enfin si on compare avec ce qui s'est passé dans d'autres pays où le fait nous est bien connu, et tout notamment à Rome, nous devons remarquer qu'avec le temps les délais ont une tendance à s'allonger. Nous admettrons donc en définitive que la durée ancienne du gage, et celle nécessaire à la prescription étaient anciennement de trois ans et que c'est seulement plus tard qu'elles ont passées à dix ans.

L'importance qu'a maintenant le délai de trois ans est celle-ci : Ce délai au Cambodge ne saurait être attribué à des assolements ; ni à aucune cause de ce genre. D'un autre côté nous avons dit qu'un

capital double en trois ans et que si les intérêts n'ont pas été payés, leur cours s'arrête et le capital devient improductif. L'arrêt des intérêts marque pourrait-on dire, la cessation du contrat. Il en est de même dans le gage ; le terme de trois ans marque également la cessation du contrat. De même encore dans le cas de concession de terrain à habiter, l'arrivée à terme de trois ans marque un arrêt dans le contrat. En approfondissant un peu la question on peut encore constater que sans doute la situation n'est pas tout à fait la même dans le prêt que dans le gage, car dans le prêt, les trois ans ne courent qu'à partir du moment où les intérêts n'ont plus été payés tandis que dans le gage l'échange de jouissances équivaut à un véritable paiement d'intérêts. On peut voir que dans le gage le fait matériel et ostensible du paiement n'existe pas ; rien ne marque l'existence du contrat pendant toute sa durée. Il en est de même, croyons-nous, de la concession de terre ; cette concession de terre qui à mon avis correspond au précaire de l'ancien droit romain paraît bien faite sans redevance véritable, par un patron à un client. Pendant la durée des trois ans rien ne marque l'existence du contrat, ou tout au moins celui-ci n'est pas suffisamment marqué. A l'expiration des trois ans le client fait un acte d'hommage solennel qui a pour effet de maintenir le lien de dépendance. Mais alors doit en résulter une autre conséquence ; c'est qu'en

matière de prêt, le prêteur qui n'a pas reçu d'intérêts pendant trois ans doit demander le paiement au bout des trois ans, à peine de perdre tout droit sur son débiteur. Il ne paraît malheureusement pas fort possible d'invoquer de textes qui indirectement tout au moins donneraient un appui à cette hypothèse (1). Nous ne la trouvons point invraisemblable ; mais elle a certainement disparu de fort bonne heure.

A propos de l'intérêt se posent certaines questions annexes ; par exemple celle des petits des animaux et des enfants des esclaves loués ou donnés en gage. Chose rare nous sommes renseignés directement sur le point le plus important peut-être, celui du gage des esclaves. Il se trouve au Chbap Kaul bantop II, 485, 8. A deux reprises nous avons eu déjà occasion d'examiner ce texte et nous nous rappelons même peut-être qu'il a un parallèle au Kram puok II, 590, 8. La loi du passé nous dit-on,

1. Peut-être cependant Kram puok II. 599. 27 qui paraît montrer que le délai dans ce cas remonte à la naissance de la créance. J'irai même plus loin dans la voie de ces détails un peu hypothétiques. A mon avis c'est dans le prêt et non dans le gage ou la prescription d'un terrain par un individu quelconque que le délai a dû être porté d'abord de trois à dix ans, comptés toujours à partir de la réalisation du prêt, ce qui faisait pour le créancier un délai de sept ans à partir de la fin des trois ans. Dans tous les cas nous trouvons un délai de sept ans indiqué d'une manière expresse au Kram sauphéa thipdey. II. 536. 74.

édicteait que les enfants de la femme esclave donnée en gage sont esclaves du créancier. Mais cela n'est pas charitable ; cette loi est un malheur pour les habitants de la voûte inférieure. En conséquence en ce qui concerne les enfants le créancier ne devra prendre que « la force des biens » et les remettre avec la mère. — Les mots « force des biens » Komlang tréap Leclère les interprète comme intérêts du capital. Il semble bien que les compilateurs khmers leur donnent le sens de « capital » comme nous le verrons tout à l'heure. A notre avis ni l'une ni l'autre de ces explications n'est satisfaisante. Les mots « force des biens » ne peuvent dans la phrase, et ce sous peine de lui faire dire une sottise, n'avoir qu'un seul sens qui est « la valeur » et j'entends valeur des enfants. Une explication qui pourrait peut-être paraître admissible est que force des biens serait une somme égale au capital. Le contrat ayant été conclu pour trois ans, les intérêts pour ce laps de temps équivalent au capital. L'enfant représente les intérêts ; n'ayant plus l'enfant, le créancier doit alors avoir l'intérêt. Cette explication, nous la trouverions très forte s'il s'agissait d'un gage de bétail, mais nous ne la trouvons pas probante pour un gage portant sur un être humain, et simplement parce que le développement chez l'homme est beaucoup plus lent. Avec ce système on arriverait à faire payer autant pour un enfant de trois ans (au maxi-

mum) que pour un individu adulte. Il reste donc que l'expression « force des biens » ne peut vouloir dire que « équivalent en argent ». Bien que le fait semble aller de soi-même, nous ferons remarquer que dans la loi ancienne l'enfant appartient pour le tout au créancier qui a reçu la femme en gage. Par conséquent le père de l'enfant n'a rien à prétendre sur cet enfant. Est-il nécessaire de dire combien la chose est naturelle ? Les contrats sur esclaves ne diffèrent pas à l'époque ancienne de ceux dont l'objet est constitué par des animaux. Or dans un gage d'animaux on ne songerait même pas à dire que le propriétaire du père aura un droit quelconque sur le petit (1). D'ailleurs l'attribution de l'enfant au propriétaire de la mère est d'une justice simple et frappante. La production de l'enfant entraîne des charges de nature diverse : diminution du travail de la femme plus ou moins forte suivant qu'on est plus ou moins loin de l'époque de l'accouchement ; frais divers au moment de l'accouchement, et des risques : risque de mortalité de la femme au moment de ses couches, risque de mortalité de l'enfant. Toutes ces charges et tous ces risques c'est le propriétaire de la mère qui les supporte. Il serait donc étrange que le propriétaire du père qui n'a rien dépensé, ni rien risqué vint réclamer un droit quelconque sur l'enfant.

1. Cf. Chassenæus. *Cons. Duc. Burg.*, p. 777, n° 58, 3°.

Si nous avons insisté sur ce point, c'est que certains textes paraissant d'ailleurs d'assez basse époque en raison de leur mauvaise qualité générale, décident au contraire que le père ou le propriétaire du père (ou le créancier gagiste suivant le cas) a droit à une part. Sur ce point et encore sur le Komlang tréap (force des biens) relevons deux textes : Chbap kaul bantop II. 487.11 et Chbap puok II. 592.11. Ce sont encore deux textes parallèles. La qualité de l'un et de l'autre est fort mauvaise (1). Voici à peu près ce qu'on peut en retirer d'un peu raisonnable. L'enfant né de la personne donnée en gage doit être partagé entre les yeux du père et les yeux de la mère. Cette expression bizarre qui nous intéresserait dans un texte ancien et bon, est ici simplement baroque ; elle est au reste visiblement destinée, comme d'ailleurs peut-être aussi celle de komlang tréap, à provoquer le respect et l'admiration chez un lecteur un peu naïf et ignorant qui en face de mots ou d'expressions qu'il ne comprend pas, les regarde tout naturellement comme la marque d'une intelligence supérieure. En ce qui concerne la part du père on la remet à celui-ci (ou évidemment à son maître s'il n'est pas *sui juris*). Quant à celle de la mère on prendra sur elle le Komlang tréap. On lit au texte

1. Nous noterons en passant que la traduction du second texte est beaucoup meilleure que celle du premier.

indiqué du Kram puok : sur la part de la mère on prendra le Komlang tréap (force des biens) ; sur l'enfant aîné, on prendra la force des biens entière comme pour la mère. Par exemple, si la mère a emprunté 9 damloeng on prendra l'enfant aîné pour 9 damloeng, le second pour 6, etc. Il suit de là que le Komlang tréap est une valeur égale au capital. Point plus intéressant : quelle est la valeur des yeux de la mère et de ceux du père, autrement dit des phnêk mé et des phnek bâ ? Nous trouvons à ce sujet des indications dans deux textes différents. D'abord à notre texte du Kram puok. « Si la femme esclave a donné des enfants à l'homme libre engagé, on fera trois parts égales de sa part à elle : une part pour son mari, deux parts pour le Kôm-lang tréap. » Ensuite un autre texte au Kram sauphéa thipdey II; 598.5 : Nous trouvons encore la proportion, une part pour le père, deux parts pour le maître de la femme esclave. Enfin on peut encore rattacher, à mon avis, à cette question notre texte de tout à l'heure du chbap kaul bantop II. 487.11, ici au huitième alinéa. « Si le père est esclave, il faut faire trois parts des enfants qui reviennent à la mère et libérer une de ces parts. Quant aux deux autres parts, elles (1) représentent le capital ». A mon avis on doit interpréter ces dispositions en ce sens que le

1. Il y a : ils ; c'est évidemment un lapsus.

père a droit aux tiers des enfants. D'ailleurs à la même époque le père semble aussi avoir certaines charges et risques. Ainsi au Kram sauphéa thipdey II. 521.38, on peut voir que le père (ou le maître du père) doit payer les frais proprement dits de l'accouchement et assume la responsabilité de la mort de la mère pendant les couches. Nous n'insisterons pas davantage sur ce point qui ne rentre pas à proprement parler dans le cadre de notre travail.

Pour quitter la question des intérêts nous signalons que le prêt doit être consenti sans intérêts lorsqu'il a lieu entre personnes parentes. Il faut avoir soin d'ajouter qu'à la parenté proprement dite doivent s'ajouter le mariage et la parenté par alliance, le concubinage et le patronat. Ces règles se trouvent expliquées d'une manière détaillée au Kram bamnol. I. 460 et suivantes, article 1^{er} et suivants. (Au sujet du patronat v. Aymonnier, *Le Cambodge*. I, p. 54) ; aux explications très importantes d'Aymonnier nous n'avons qu'une observation à faire. Il dit que le lien entre patron et client est un lien purement personnel. Il est fort possible qu'il en soit ainsi à l'époque moderne, mais anciennement nous avons pu voir des concessions de terres à habiter. L'article 5 page 463 nous montre qu'il en est différemment entre «étrangers». On peut remarquer que ce mot « étranger » pouvant signifier à la fois des personnes que ne réunissent pas des liens de parenté ou assimilés

et des individus de nationalité différente est également employé en droit hébreu par la Bible.

Enfin nous ne voulons pas passer sous silence un article curieux relatif à la chasse des éléphants. Il se trouve au Kram chakrey I. 436.34. Nous y lisons que sur trois éléphants pris à la chasse, il faut en remettre deux au propriétaire de l'éléphant chasseur, le troisième appartient au chasseur. Actuellement au Laos il en est encore à peu près de même : (Aymonnier. *Voyage dans le Laos* (1) t. I, p. 61) : Si un éléphant traqueur en a fait capturer trois sauvages, l'un est pour son propriétaire, un autre pour le chasseur, le troisième revient au cornac. Si deux éléphants sont capturés l'un reviendra au maître de la monture; le chasseur et le cornac se partageront le prix de l'autre. Si une seule bête a été prise elle appartient en commun au chasseur et au cornac.

1. Cet ouvrage forme les tomes 5 et 6 de la collection in-8° du Musée Guimet.

LA PERSE

Le droit perse paraît n'avoir guère été étudié jusqu'à présent que par M. Dareste. (*Etudes d'histoire du droit*, p. 101). L'impression générale que ce savant a ressentie et a laissée est que les matériaux étaient peu abondants et leur étude difficile. Dans ces conditions nous pensons qu'on ne pourra pas être raisonnablement fort sévère sur ce sujet à notre égard.

Car notre intention est de faire porter l'objet de notre étude sur le droit primitif des Perses. L'unique document à utiliser est ici l'Avesta. On sait que nous ne possédons pas tout l'Avesta et que justement les chapitres relatifs à la législation, qui étaient contenus dans le Vendidad ne nous sont, à part quelques bribes, pas parvenus. Néanmoins nous ne nous découragerons pas complètement et nous tâcherons tout au moins d'avoir recours aux méthodes indirectes.

Présentons d'abord le texte. Nous nous sommes servi de la traduction de Darmesteter. (*Annales du Musée Guimet*, 21, 22 et 24 (collection in-4°), 1892

et 1893). Cette traduction avait d'abord l'avantage d'être la plus parfaite en tant que telle ; elle avait en outre (à la différence de celle du même auteur parue quelques années plus tôt dans les *Sacred books of the East* de Max Muller) le mérite encore plus grand à nos yeux de contenir des notes et chapitres explicatifs d'un intérêt de premier ordre.

Esquissons d'abord l'histoire politique de l'Iran depuis les premières périodes accessibles jusqu'à la conquête arabe (pour plus de détails, v. Darmesteter, t. III, p. 4). Elle dure treize siècles et se divise en cinq périodes :

1° *Période médique*. — La Médie sujette de l'Assyrie s'affranchit vers la fin du VIII^e siècle avant notre ère, détruit Ninive vers la fin du VII^e siècle et prend en main l'hégémonie de l'Iran ;

2° *Période perse achéménide*. — Etablie vers 550 par Cyrus. La Perse possède l'hégémonie dans l'Iran ;

3° *Période grecque*. — Etablie par Alexandre ;

4° *Période parthe*. — Etablie par Arsace ; organisée par Mithridate ;

5° *Période sassanide*. — Etablie par Ardashir qui se donne comme héritier et restaurateur des Darius. Vers 650 arrive l'Islam.

L'Avesta est le livre des Sassanides. Il est écrit en langue zende. Nous ne savons pas à quelle époque on parlait le zend. Le zend n'est un ancêtre ni du pehlvi ni du persan qui est le fils du pehlvi. Le pehlvi

est la langue des Sassanides. Le zend n'a laissé comme descendant que l'afghan. D'après la tradition sassanide à laquelle se ralliait Anquetil la religion sassanide serait l'image fidèle de la religion achéménide. D'après Bréal auquel se rallie Darmesteter l'Avesta a été rédigé un peu avant la période sassanide. Voici les conclusions de ces derniers : Quant au fond la religion de l'Avesta représente essentiellement la religion de l'époque achéménide, mais profondément pénétrée après la conquête d'Alexandre, au contact des Grecs et des Hébreux de principes et d'éléments nouveaux empruntés au néo-platonisme et au judaïsme. Quant à la forme tout l'Avesta, même dans ses parties les plus anciennes, porte l'empreinte de ces principes nouveaux et en a reçu son aspect actuel. Il a été rédigé tout entier après la conquête d'Alexandre entre le 1^{er} siècle avant notre ère et le 4^e après. Le zend était à cette époque déjà, très probablement une langue morte, une langue savante.

Quant à nous, nous sommes d'avis que l'importance de ces influences étrangères tant grecque qu'israélite est exagérée. Darmesteter relève les passages suivants comme caractéristiques de l'influence juive (III. LVII).

1^o Chez les Perses comme chez les Hébreux Dieu dicte lui-même la loi à son élu. Jéhovah dit à Moïse ; — Ahura Mazda dit à Spitama Zarathustra. — Cela n'a rien de caractéristique ;

2° L'existence chez les uns et chez les autres du déluge. — Rien n'est moins probant (1).

3° La création en six temps. — Ceci est beaucoup plus important ; mais n'apparaît en réalité nettement que dans les livres postérieurs : dans le Grand Bundahish notamment.

En ce qui concerne l'influence grecque, elle n'est guère sensible que par l'addition à la fin d'énumérations, d'idées d'ordre moral et surtout par la création de nouvelles divinités comme par exemple Vohu Manô (III. L).

Ce qu'il y a de plus certain c'est que, dans certains paysages qui n'ont pas une allure aussi ancienne que le fond général il est question de Babylone et que peut-être il a pu y avoir une influence chaldéenne ; mais ce qu'il y a de certain, c'est que cette influence surtout dans les grands traités principaux ne peut nulle part se révéler distinctement.

En résumé nous ne voyons aucun inconvénient à admettre que le texte a été rédigé à l'époque indiquée. Mais quant au fond le Zend Avesta est un

1. On trouve le déluge non seulement en Perse et chez les Sémites ; mais aussi d'une manière certaine, sans trace d'influence sémitique dans l'Inde, en Grèce et en Irlande. Comparer le curieux chapitre : Le dernier cataclysme terrestre dans « Constantin. *La nature tropicale*. » On trouvera par contre exprimée sommairement l'opinion courante simpliste dans *Grande Encyclopédie*. Déluge, II. Mythologie.

texte tout à fait original ; quant à sa formation, il n'y a suivant nous aucun doute que pendant de longs siècles il s'est transmis sous la forme orale et qu'à un moment donné on a éprouvé le besoin d'en fixer la teneur par écrit.

Dans les textes avestéens il faut distinguer des parties qui correspondent à l'état de la civilisation au moment de la période achéménide et d'autres plus anciens remontant à l'époque préhistorique. Phénomène singulier, nous allons voir tout à l'heure que c'est justement sur cette époque préhistorique que nous pouvons avoir le plus de renseignements sur les matières dont nous faisons l'étude par des procédés si détournés. Certaines parties des textes dénotent la connaissance de l'agriculture, d'autres au contraire son ignorance. Celles-ci sont donc plus anciennes. Or la connaissance de l'agriculture nous est prouvée d'une manière directe par des documents datant de l'époque achéménide. Citons maintenant un certain nombre de passages remontant à l'époque où l'agriculture n'existait pas encore.

Yasna 10. — Hom Yasht 2.20 (I. 107). « Au bœuf (1) sa prière, du bœuf notre prière. » Le commentaire explique « celui qui donne au bœuf sa prière : de l'eau et du fourrage — celui-là a du bœuf

1. Gav : bœuf est masculin ou féminin. — Gaush taureau est féminin. Darmesteter, 2 p. 431, indiquant un sens primitif « vache ». Sans-crit gô : ox, cow est masculin ou féminin.

sa prière — du lait et des petits. » Le texte continue : « au bœuf la parole, en lui la victoire... que le pehlvi explique : « je parle au bœuf avec une parole douce » cela veut dire que si l'animal est traité avec douceur on réussira dans son entreprise. Le texte continue : « En lui l'aliment, en lui le vêtement. » Il termine : « Que le laboureur travaille pour nous nourrir. » (Le mot laboureur peut ici signifier tout aussi bien pâtre.)

Hâ 11. — Hom Yasht 3 (I. 109) : « Il est trois êtres d'une sainteté manifeste qui crient malédiction : le bœuf, le cheval et Haoma. »

Yasna 12.2 (I. 119). — « Ma louange repousse loin du troupeau le larron et le brigand ; ma louange repousse des villages mazdéens désastres et désolation. »

Yasna 3. — Je donne toute mon âme à ceux qui viennent comme il faut [à souhait], qui vivent comme il faut, vivant du bœuf sur cette terre.

Yasna 23.1 (I. 184). — « J'appelle au sacrifice les Fravashis qui ont été autrefois dans ces maisons, ces bourgs, ces districts, ces pays, qui tiennent en ordre le ciel, tiennent en ordre les eaux, tiennent en ordre la terre, tiennent en ordre les troupeaux, tiennent en ordre l'enfant dans le sein de la mère et l'enveloppent de sorte qu'il ne meurt pas. » (Nous ne prétendons pas que ce passage présente un

aspect de véritable antiquité ; nous n'y voulons relever que l'énumération.)

Ha, 35 introduction 2^o (I. 257). — La meilleure des bonnes œuvres c'est à l'égard du ciel d'adorer Ahura ; à l'égard de la terre de bien traiter le bétail. »

Ha 37.1 (I. 263) : « Ici nous sacrifions à Ahura Mazda qui a créé le Bœuf, créé le Bien [l'Asha = le Bien ou plutôt ici l'homme bon], créé les bonnes eaux et les bonnes plantes ; créé la lumière et la terre et toute chose bonne : par sa souveraineté, sa grandeur et sa bonté protectrice. »

Ha 51. — 5 (I. 332) — « (Seront exaucées) toutes demandes que fait pour qu'il sache bien traiter le troupeau, l'homme d'action loyal, intelligent dans sa prière, l'homme qui, selon son pouvoir, donne à un maître droit, l'homme dévot et plein de sagesse. »

Vendidad. — Fargard 2 (II, 25) (Nous aurons occasion de revenir sur un passage capital contenu dans ce chapitre ; c'est là qu'est raconté le déluge et comment les animaux furent sauvés par Yima ; c'est à notre avis un des chapitres les plus anciens de tout l'Avesta. Actuellement contentons-nous d'en citer les passages qui dénotent l'ignorance de l'agriculture.) Ahura Mazda prédit à Yima que tout va périr pendant l'hiver ; il lui conseille de se bâtir un refuge et il lui dit : « Porte là les germes du petit bétail et du gros bétail et des hommes, des chiens, des

oiseaux (probablement poules cf. grec *ορνίς*) et des feux rouges et brûlants. »

Vendidad. — 2. II. 28 (54) Tu y apporteras les germes de toutes les plantes, les plus hauts et les plus parfumés qui soient sur cette terre.

Le texte dit plantes en général, et non céréales ; cela est significatif (1).

Le mot zend *ōdstra* veut dire d'une part : herbe, foin, et d'un autre côté : travail, labour. C'est qu'en effet à l'époque pastorale le travail consistait à faucher dans la bonne saison pour avoir du foin dans la mauvaise (cf. notre expression : faire de l'herbe).

De même dans Hérodote I. CXXV quand Cyrus veut montrer ce qu'est un travail désagréable il leur fait faucher un champ de chardons.

Si maintenant nous passons en revue les autres éléments principaux de la vie à cette époque, voici ce que nous trouvons.

Les maisons des paysans étaient sommairement construites, soit tout en bois, soit avec couverture de peaux ; elles n'avaient qu'une chambre qui pou-

1. Le texte ajoute il est vrai : « Tu y apporteras les germes de tous les fruits, les plus savoureux et les plus parfumés qui soient sur cette terre. » — Rien ne prouve qu'il s'agisse là d'arbres cultivés ; de plus cela n'empêcherait pas quand même qu'il n'est pas question de céréales. De plus, considération ici très importante, ce n'est pas le même alinéa.

vait cependant avoir des dimensions assez grandes. (II, 119).

Comme animaux domestiques le bœuf, on a déjà pu le voir, a une importance exceptionnelle ; le cheval a été connu de très bonne heure ; on le montait et on l'attelait. Il n'est jamais question d'ânes et le chameau n'a été vraisemblablement introduit qu'à l'époque historique, peut-être pendant la période achéménide.

Le Mazdéisme porte les traces profondes du monothéisme primitif. Ahura Mazda, dieu du feu, a été longtemps le dieu unique. Cependant à la fin sous l'influence chaldéenne d'abord, sous l'influence grecque ensuite les Perses se laissèrent aller au polythéisme ; mais partout les traces du vieux monothéisme primitif restent bien nettes.

A retenir encore le fait bien connu que l'inceste n'était pas réprouvé ; qu'il était même recommandé. (Darmesteter, I, p. 126, voir aussi Dareste. *Etudes. Perse*, p. 107).

Dans un pareil milieu la monnaie de métal doit manquer absolument. Nous trouvons des textes tels que par exemple celui-ci (qui n'a pas cependant une apparence tout à fait primitive). « Comment mériterai-je honnêtement ce salaire : dix cavales pleines et un chameau...? (Yasna, [44-18 I, 293]).

Dans un pareil milieu également le bail d'animaux doit être tout à fait répandu. Nous devons même nous

attendre à ce qu'il soit la base d'une féodalité semblable à celle qui existait dans l'Ancienne Irlande.

De ce qui précède il résulte que si nous trouvons le mot créance, nous ne pouvons l'interpréter que comme bail d'animaux ; or nous rencontrons les passages suivants : « ... qui loue le montant de sa dette... » — « nous te prions, nous te réclamons ta dette... » Yasna, 36,5 (I, 262).

En ce qui concerne l'organisation sociale il y a trois classes qui sont : le prêtre, le guerrier et le laboureur (c'est-à-dire pour ce dernier : pâtre). La première classe a des motifs d'existence spéciaux ; mais celle des guerriers et des laboureurs n'en a point d'autres que le bail d'animaux. Par l'effet de ce contrat les guerriers, c'est-à-dire les capitalistes qui ont baillé leurs bestiaux aux laboureurs, se spécialisent dans le métier des armes ; à l'inverse pour les laboureurs.

On a remarqué qu'en droit vieil irlandais le tenant en daerrah était considéré comme uni d'un lien presque familial avec son bailleur, quelle est la situation à ce sujet chez les Perses primitifs. Nous trouvons chez Darmesteter (I, 235) la note suivante.

Les rapports sociaux sont au nombre de trois :

1° « hvaêtu », parent — lien naturel de famille.

2° « Verezena » — est traduit en sanscrit svapañkti « qui est du même groupe » et quelquefois il est glosé en pehlvi « qui vit dans la même ombre » il signifie en persan moderne « voisin ». La confrater-

nité, dit Darmesteter, peut être une confraternité de clan ou de corporation, l'une et l'autre si puissantes en Orient.

3° « Airyaman » — est traduit « l'obéissant » ; il marque un lien d'homme à homme, un lien d'hommage ; « ami » qui est le sens du sanscrit airyaman est trop égalitaire, bien que dans un passage il soit remplacé dans la nomenclature par haklema ; « homme lige, vassal » serait peut-être l'équivalent le plus exact ; finalement Darmesteter traduit « serviteur » en prenant le mot au sens le plus relevé.

Cette note nous paraît suffisamment claire pour que nous n'ayons besoin de rien ajouter. — Le *Mihir Yasht* (II, p. 472) nous donne aussi une liste des rapports sociaux dans laquelle devrait également être mentionné le rapport de bailleur à cheptelier ; ce rapport n'est pas indiqué ou plutôt à la place qu'il devrait occuper se trouve un mot incompris, le mot *huyâghna*.

Quelles étaient maintenant les conditions du contrat ? Nous avons ici l'avantage d'avoir une espèce concrète qui pour être conclue entre personnages mythiques n'en a pas moins un caractère très marqué de vérité. C'est le contrat de Yima : « (*Vendidad. Fargard 2.*) Yima est le Noé mazdéen et Ahura lui confie ses animaux à garder. Voici ce que dit Yima : « Je multiplierai tes créatures, je ferai grandir tes créatures, j'accepte d'entretenir tes créatures, de les

gouverner, de veiller sur elles. Il n'y aura sous mon empire ni vent froid, ni vent chaud, ni maladie, ni mort. » Sabrons ce que dans ce passage nous trouvons de mythe et de poésie. Que reste-t-il ? Yima prend à sa charge la nourriture et la garde ; il aura selon toute vraisemblance le profit des laitages ; par contre la viande (multiplication et croissance) doit revenir à Ahura. Il faut surtout remarquer la dernière phrase. Il est évidemment facile de lui donner un sens surnaturel ; c'est ce que n'ont pas manqué de faire les commentateurs ; dans l'Avesta même, notamment dans le Hom Yasth du Yasna (I. 85) on comprend déjà que Yima a reçu du Dieu le pouvoir surhumain d'écarter la mort. Cependant remarquons-le bien rien dans les paroles d'Yima, non plus que dans tout le reste de ce chapitre ne nous autorise à voir chez lui une vertu surnaturelle. Au surplus, cette vertu surnaturelle, de qui la tiendrait-il sinon d'A-hura ? Dans ces conditions il serait vraiment extraordinaire qu'il ne soit pas fait la moindre allusion à ce don précieux entre tous, au moins par quelques mots de reconnaissance. La seule explication qui reste alors est l'explication terre à terre. Yima s'oblige à supporter les risques de mortalité, condition qui sans doute n'a pas de sens dans le cas où se trouve Yima, mais qui devient toute naturelle dans celui d'un contrat passé entre deux hommes ordinaires. Cette difficulté, bien certainement l'auteur du con-

trat d'Yima ne l'a pas vue et dès lors le contrat passé entre Ahura et Yima peut être considéré comme aussi semblable que possible à celui passé entre deux particuliers.

Résumons-nous ; nous avons constaté chez les Perses les faits suivants : Existence du bail d'animaux ; grande fréquence de celui-ci ; société basée sur lui et établie en féodalité ; liens entre bailleur et son vassal cheptelier de nature presque familiale ; enfin c'est le preneur qui supporte les risques.

LES POPULATIONS DU CAUCASE

Nous supposons connu de tous le livre de Kovalevsky *Le droit coutumier ossétien* (Coutume contemporaine et loi ancienne). Avant qu'il n'en ait été fait une traduction française Dareste en avait fait l'analyse qu'on trouvera dans *Études d'histoire du droit*, page 136 et suivantes. Quelque temps après Kovalevsky publiait une nouvelle étude intitulée : *Zakone i obuitchaï na Kawkazé* (*Lois et coutumes au Caucase*). Il est à regretter que ce travail n'ait pas été traduit en une langue plus facile. Dareste en a publié une analyse dans *Nouvelles études* (2^e série 1902), pages 230 à 265.

Ossètes. — Le livre de Kovalevsky sur les Ossètes étant capital pour l'histoire des droits primitifs en général et puisqu'il est maintenant traduit en français, sa lecture n'offrant aucune difficulté, nous n'analyserons pas ce qu'on peut y trouver d'intéressant pour nous. Nous nous contenterons de faire quelques observations.

L'auteur nous montre que le prêt le plus usuel est

celui de bêtes à cornes, de vaches, quoique les habitants connaissent également le prêt d'armes, d'argent et de grains. Le taux de l'intérêt en Digorie est de 50 o/o ; dans les autres parties de 30 ou bien il est constitué par le veau. L'anatocisme est pratiqué. Il n'y aurait, d'après Kovalevsky, aucune limite à l'accumulation des intérêts. Le risque de perte totale serait à la charge du créancier. Enfin le droit ossétien ne distinguerait pas le prêt du dépôt.

Kovalevsky paraît en cette matière s'être beaucoup inspiré d'une espèce concrète qu'il nous décrit. C'est l'affaire d'Amzora Kaïtmazoff. (P.¹ 134 de la traduction française. C'est du reste toujours à celle-ci que nous renvoyons.) Kovalevsky nous dit qu'il n'y a pas de limite à l'accroissement des intérêts ; l'affaire ne prouve rien à ce sujet. Sans doute l'emprunteur a payé des intérêts pendant un grand nombre d'années, et il fait remarquer que le total des intérêts payé est considérablement supérieur au capital. C'est bien possible, mais ce n'est pas notre question. Quand on parle de limite à l'accumulation des intérêts le problème ne se pose véritablement qu'en cas de non paiement, et pour les intérêts arriérés. Mais dans le procès de Kaïtmazoff les intérêts avaient toujours été payés régulièrement.

Un peu auparavant le savant auteur nous dit que le débiteur est condamné comme coupable d'abus de confiance à rendre le double. Je vois bien que le dé-

bitteur est condamné à rendre le double ; il y a délit, je l'admets. Pour moi le délit ne consiste pas dans le fait d'avoir donné le taureau en kalime, mais dans le refus de continuer à payer l'intérêt sans offrir de rendre le capital. J'admets bien qu'il pouvait y avoir abus de confiance en donnant l'animal en kalime, mais il y avait de la part du bailleur une ratification peut-être tacite, mais cependant évidente dans le fait d'être resté si longtemps sans se plaindre en continuant à toucher régulièrement les intérêts. Du reste le contrat a duré quarante-six ans ; pendant ce temps il y a longtemps que le taureau devait être mort. Sur les autres conclusions que Kovalevsky tire de cette affaire nous sommes d'accord avec lui.

Plus loin cependant (p. 139) on lit : « Au moment où le contrat est consenti les parties ne conviennent point de l'époque de la restitution. L'emprunteur remplira son engagement quand il le pourra. Jusque-là on n'exige de lui que le paiement des intérêts qui ont été fixés. » Les légères critiques que nous voulons adresser ici à ces mots ne s'appliquent pas à la première phrase. Que ce soit là un état de fait qui se produira le plus souvent, nous sommes tout disposé à partager cette manière de voir ; mais que le créancier n'ait pas le droit de réclamer son capital tant que l'emprunteur paiera régulièrement l'intérêt, c'est ce qui est moins vraisemblable, et qui paraît même en contradiction avec l'affaire ci-dessus où il

est dit : « A cause de sa grande pauvreté mon père ne put ni rendre le taureau, ni en payer la valeur » ; cela semble indiquer que le créancier avait réclamé l'animal et que c'est par commisération pour Gani qui l'en aura instamment prié et représenté qu'il lui payait toujours bien l'intérêt que le bailleur abandonna sa réclamation. Quant au fait qu'il n'est pas stipulé expressément d'échéance, cela doit tenir tout simplement à ce que le point doit être réglé par l'usage et *a priori* on peut supposer légitimement que ce doit être un an.

Les données zootechniques indiquées par Kovalevsky pour la fixation du taux à 50 o/o, ne sont pas exactes ; à ce sujet nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous dirons nous-même plus loin. Du reste il n'y a rien sur ce point de spécial aux Ossètes.

En ce qui concerne le dépôt nous voyons bien que le dépositaire n'est pas tenu du cas fortuit. Mais quand Kovalevsky nous dit qu'il y a confusion entre le prêt et le dépôt cette affirmation paraît très exagérée. Il y a entre les deux contrats une différence essentielle ; l'emprunteur a la jouissance, le dépositaire ne l'a pas. De ce que celui-ci ne supporte pas le *casus* on n'en peut pas conclure qu'il en est de même pour l'emprunteur (1).

1. Je reconnais que ce critérium peut lui-même parfois manquer et que dans certains cas il devient impossible de distinguer les deux contrats. Ce n'est pas celui des Ossètes, ainsi

La garde des moutons est notre cheptel simple ; le bailleur reçoit comme rémunération la moitié des petits et des tontes. En ce qui concerne les risques nous trouvons la règle suivante que Kovalevsky a puisé aux *Adats* de Léontovitch. « A partir de la seconde année le berger est obligé d'indemniser le propriétaire pour les moutons tombés en lui cédant les siens. » C'est, on le voit, un *tzon barzel*, un cheptel de fer. Quant au fait que pendant les deux premières années si les brebis meurent sans la faute prouvée du preneur, la perte ne tombe pas sur ce dernier (au moins pour le tout), j'en propose la raison suivante. On a vu qu'en Irlande le ceile était responsable de la mort des vaches par cas fortuit sauf quand elles meurent par suite d'une maladie qu'elles avaient au moment où elles lui ont été livrées. Pour moi ce délai de deux ans est en quelque sorte un délai d'épreuve. Si les brebis meurent avant deux ans il y a présomption qu'elles étaient malades au moment où elles été données et que c'est de cette maladie qu'elles sont mortes.

Pour tout le reste, nous nous rangeons aux opinions du savant auteur russe.

Autres populations du Caucase. — Leurs coutu-

que nous le dit Kovalevsky, p. 146 : « Le dépôt ossétien ne se rapproche du nôtre que sous un rapport ; comme dans les législations romaine et russe, il est interdit au dépositaire d'user des choses qui lui ont été confiées. »

mes se trouvent décrites dans l'ouvrage de Kovalevsky *Zakone i obuitchaï na Kavkazè*. Ce livre ne paraît pas avoir été traduit. On en trouvera un compte rendu renfermant à peu près tous les détails intéressants pour notre sujet dans Daresté. (*Nouvelles études*, 1902, p. 230 et suiv.) Les plus importantes pour nous de ces peuplades sont, d'une part, les Svanètes (Kovalevsky, t. II, p. 59), et, d'autre part, les Khevsoures et les Touchines (*ibid*, II, p. 112). — Chez les Svanètes, le taux d'intérêt est de 33 o/o ; cependant (chez un de leurs groupes, les Bêches, il est de 50 o/o) ; pour les animaux, il prend le nom de lileché, la rémunération consiste dans le part, les autres produits constituant le profit du pâtre qui les garde. — Chez les Khevsoures et Touchines, le taux est également de 30 o/o. Kovalevsky nous dit : « Pour les dommages causés à la chose, le maître en est dédommagé par le gardien — chaque fois d'après estimation d'un tiers. » Plus loin, pour les animaux nous voyons : Les contrats d'élevage présentent quelques particularités. Ayant reçu le troupeau de moutons ou de bêtes à cornes à faire paître, le pâtre l'ajoute à ses propres animaux, et il est rémunéré de son travail par les produits laitiers provenant des vaches et des chèvres des deux troupeaux ; en ce qui concerne le part, celui-ci est partagé entre le pâtre et le bailleur, suivant le nombre de têtes que possède respectivement chacun d'eux. — Somme toute en

moyenne, le maître doit recevoir l'équivalent du part des animaux par lui fournis (1).

L'histoire de l'ancien droit russe en notre matière paraît bien intéressante. Nous avons eu à notre disposition une grande quantité de documents ; par exemple *Ewers. Das älteste Recht der Russen*. Un grand recueil en trois volumes d'anciens actes russes de Kalatchof (2). Mais, nous n'avons trouvé ni à la Bibliothèque de la Faculté, ni à la Bibliothèque Nationale, l'ouvrage de Vladimirsky Boudanof. *Chrestomathie de l'histoire du droit russe* qui existe non seulement en russe, mais qui a été traduit en anglais. J'avouerai même que c'est la traduction anglaise que j'aurais été particulièrement heureux de rencontrer. J'ai fait demander par une maison de librairie de m'acheter le livre à Londres ; je n'ai eu naturellement aucune réponse satisfaisante ; mais il était trop tard pour nous. Dans ces conditions, je préfère ne pas exposer les données que j'ai recueillies.

1. Kalatchof. *Aktui, otpossichtchiessia do iouriditcheskago buita drevnei Rossii*.

2. De même chez les Kirghises, d'après Dingelstedt. *Le droit coutumier des Kirghiz. Revue générale du droit et législation*, 1890, p. 216. « Les bestiaux sont prêtés avec croît. »

PAYS SCANDINAVES

Sous ce titre, nous comprenons l'Islande, la Norvège, la Suède et le Danemark. Bien que l'étude de leurs anciennes lois soit en ce qui concerne notre sujet d'une grande importance, nous ne nous y arrêterons pas longtemps, parce que le matière a déjà fait l'objet de très bons travaux et que dans ces conditions il est préférable que nous renvoyons le lecteur directement aux ouvrages de ces auteurs.

M. Daresté dans *Etudes d'histoire du droit* a publié l'analyse de ces droits savoir : pour la Suède, page 279 ; pour le Danemark, page 306 ; la Norvège, page 320 ; l'Islande, page 342.

Les anciennes lois suédoises ont été traduites avec annotations par Beauchet dans une série d'articles parue dans la *Nouvelle revue historique* ; d'abord la loi de Westrogothie (en partie) puis en plusieurs fois la loi d'Upland. Le dernier article est de janvier-février 1908. Il a fait paraître la loi de Westrogothie en entier comme ouvrage séparé. L'exposé des idées générales qui est avant la traduction de la loi de

Westrogothie se trouve *N. R. hist.*, 1887, page 182.

Quant aux traités relatifs aux anciens droits scandinaves (pour les matières qui nous concernent), il convient de citer hors pair. Pour la Suède. Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, tome I ; pour la Norvège et l'Islande. Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, tome II. Pour le Danemark. Kolderup Rosenvinges. *Grundrids af den danske Rets-historie* (on pourra consulter aussi. Steman. *Danske Rets-historie indtil Christian's V love*).

Résumons très succinctement la question de responsabilité. En Islande, le dépositaire est ou non rendu responsable suivant que la chose déposée a péri seule ou au contraire avec des choses appartenant au dépositaire. Sur ce point en Norvège nous ne trouvons pas de renseignements directs ; mais il semble que le dépositaire soit tenu de ce que nous appelons la *culpa levis in concreto*. En Suède, il ne répond pas de la perte quand la chose a été volée, brûlée ou enlevée de vive force et en même temps que des choses appartenant au gardien. En Danemark, le dépositaire n'est tenu que d'apporter la diligence convenable ; cependant pour se libérer il doit prouver qu'il a perdu en même temps des choses lui appartenant. « Per hoc solum se liberat depositarius a restituendi obligatione, si eodem infortunio se ostendat res suas et depositum amisisse. »

En ce qui concerne le louage, le locataire n'est res-

ponsable que pour sa faute en Suède et en Danemark. Au contraire en Islande et dans le *Gulathing* norvégien, qui est la plus ancienne loi de ce pays, le locataire d'un animal est responsable de sa mort même par cas fortuit. Le preneur doit suivant la traduction d'Amira (passage en question du *Gulathing*) « die Kuh so zurückgeben, wie er sie empfang, ausgenommen das sie älter ist. »

Pour le commodat la règle est la même dans les quatre pays. Le commodataire est tenu du cas fortuit. En Islande et en Norvège la chose va de soi, le locataire étant tenu du *casus*, rien d'étonnant à ce que le commodataire le soit aussi ; le contraire serait pour ainsi dire impossible. En ce qui concerne la Suède voici un texte qui nous l'indique très clairement (trad. d'Amira). « Nimmt man einen Hengst zur Leihe oder eine Stute oder einen Ochsen oder was dieses ist, dann soll man das Geliehene dem Leiher heimführen. Dieses kann nicht in Feuer verbrennen und in Wasser versinken, weil Hand soll der Hand übergeben oder einen Meineid dafür schwören. » Le serment auquel il est ici fait allusion est celui par lequel l'emprunteur nierait l'existence du prêt. En Danemark la règle est la même. Par exemple à la loi d'Eric chapitre 43. « Um man laanær annæt hæst ællær oxæ. Lanær nokær man annær hæst ællær oxæ ællær clæthæ ællær vapn sum man lær andrum, tha aghæ lan e hem at cummæ æm

gothæ sum han toc them », ce qui signifie « De prêter à autrui cheval ou bœuf. Si quelqu'un prête à un autre son cheval ou bœuf ou vêtements ou armes que ce puisse être, l'emprunt doit revenir aussi bon qu'il a été pris. »

Telles sont esquissées à grands traits les règles principales qui gouvernent la théorie de la responsabilité dans nos contrats (1).

Disons maintenant quelques mots sur le taux de l'intérêt. Le droit islandais a un taux légal de 10 o/o ; il est interdit au créancier de prendre davantage. A Drontheim il était à la même époque de 20 o/o. Au lieu d'intérêt fixé d'après un tarif arithmétique on pouvait convenir d'élever du bétail ; d'après la taxe ancienne (en Islande) « ein Rind von hœchstens 2 Wintern » pour une vache, d'après la seconde taxe plus récente 4 agneaux. On voit que si l'intérêt est stipulé en bétail il sera bien plus élevé que dans l'autre cas et atteindra presque 30 o/o. En Danemark le mutuum ne produisait pas en principe d'intérêt ; mais il y avait des exceptions. C'est ainsi que Kolderup Rosenvinge nous dit page 244 (*op. cit.*, 3^e édition), « Inidlertid haves dog fra det 14 de

1. Un point curieux à noter c'est qu'en cette matière au moment où ils apparaissent sur le théâtre de l'histoire, le droit norvégien représente une forme moins évoluée que le droit suédois, tandis que comme l'a montré Beauchet sur un assez grand nombre d'autres points, le droit suédois est plus primitif. V. Beauchet. *Loi de Vestrogothie*, p. XIV.

Aarhundrede Exempel paa Gjeldsbreve, hvori hoje Renter findes betingede. »

A propos de l'intérêt, il peut être curieux de remarquer que le droit norvégien qui dans le bail d'animaux met les risques à la charge du preneur, interdit le prêt à intérêts. Il nomme l'objet d'un tel contrat « dautt fé », c'est-à-dire bien (bétail) mort ; il y a là une grande analogie avec notre expression française de mortgage. Le Norges gamle Love dit avec raison que la distinction entre le louage et le mutuum repose alors dans ce cas sur le point de savoir si la vache porte la marque du bailleur. Nous pensons inutile d'ajouter que c'est l'Eglise qui a introduit la prohibition du prêt à intérêts ; dans le passage traduit dans Amira II 800 on pourra noter aussi l'influence de la formule romaine ; « quæ numero, pondere, mensurave constant, » ce qu'il y a de romain dans les pays scandinaves a été apporté par l'Eglise.

Ceci nous amène à dire quelques mots du cheptel de fer. Le dépositaire en Suède (Amira I, 663) peut accepter de répondre de la chose à tout événement ; cette convention fréquente porte le nom de « haldsœrar ». De même quand du bétail, du matériel étaient remis avec estimation à un fermier en même temps que l'immeuble, ils s'appelaient aussi « haldsœrar » et étaient aux risques du preneur. L'halsfæ se rencontre aussi en Danemark (Kolderup page 254) avec les mêmes caractères.

ALLEMAGNE

On nous excusera de faire un résumé de l'histoire du droit allemand sur les matières qui nous intéressent, bien que nous n'ayons guère à présenter de remarques personnelles. Les matériaux se trouvant dispersés dans un certain nombre d'ouvrages, un simple travail de vulgarisation ne sera peut-être pas complètement inutile, au moins pour quelques-uns de nos lecteurs.

La question de la responsabilité a fait l'objet, il y a une cinquantaine d'années environ d'une monographie très importante de Stobbe : *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts*. 3. Abhandlung. Pour plus de simplicité et de commodité, c'est en principe à cette étude que nous renverrons. Comme au reste il ne nous est pas possible d'entrer ici dans tous les détails, nous ne releverons que les traits principaux.

Dépôt ordinaire ou gratuit (Stobbe, p. 215). — D'après les lois anciennes (Volksrechte, lois lombarde, wisigothe, bavaroise), quand la chose est volée, le dépositaire est tenu à restitution ; pour la totalité d'après la loi lombarde ; d'après d'autres lois seulement pour

moitié. Au contraire, périt-elle par un autre accident (incendie p. ex.), et le dépositaire a-t-il pu sauver une certaine quantité d'objets, il est plus ou moins tenu suivant que les objets sauvés lui appartiennent en propre, ou qu'au contraire ils font partie de ceux qui lui ont été remis à garder. Il n'est pas tenu des autres cas fortuits.

Le miroir de Saxe ne rend plus le dépositaire responsable du vol. Il n'y a lieu à indemnité que lorsqu'il y a eu faute.

D'autres droits recherchaient en outre comme dans les lois anciennes les rapports qu'il y avait dans la perte entre les choses déposées et les choses propres au dépositaire, mais seulement au point de vue de la preuve. En principe le dépositaire n'est pas tenu du cas fortuit.

Commodat. (Stobbe, p. 234.) — La loi wisigothe dispose que lorsque l'animal prêté meurt par suite de quelque « infirmitas », il suffit au commodataire de prêter serment que la mort n'est pas arrivée par sa faute. La loi wisigothe et la loi bavaroise semblent à ce sujet placer sur le même pied le commodat et le dépôt (gratuit).

Si maintenant nous passons au miroir de Saxe, nous y lisons au contraire en termes formels : « Svat man aver deme manne liet oder sat, dat sal he unverderft weder bringen, oder gelden na sinem werde. » Ainsi donc responsabilité complète.

La décision du miroir de Saxe fut admise par les droits qui le suivirent. Ce n'est que plusieurs siècles plus tard, que l'influence romaine se faisant de plus en plus sentir, la responsabilité du commodataire tend à diminuer ; à noter que certains auteurs essaient alors de concilier la théorie germanique avec la théorie romaine par la notion de *culpa levissima*.

Louage. (Nous ne nous occupons ici que de louage de meubles. Stobbe, p. 240.) — Nous ne trouvons pas de solution à cette question dans les lois anciennes, si même dans le miroir de Saxe, semble-t-il résulter de la lecture de Stobbe. Mais la raison en est tout simplement que le louage ne formait qu'un avec le commodat. Pour s'en rendre compte il suffit, sans avoir besoin de chercher plus loin, de regarder les dispositions citées à ce passage par notre auteur ; nous y voyons que l'expression employée pour rendre l'idée de louer est : « umb lon lihen ». Les lois anciennes et le miroir de Saxe ne distinguant pas entre le commodat et le louage, il s'ensuit qu'on doit appliquer la même règle pour les deux sortes de contrats ; par exemple dans le système du miroir de Saxe rendre le locataire responsable du cas fortuit.

Quoi qu'il en soit, dans les textes postérieurs, le locataire est libéré en cas de perte par cas fortuit. Une des dispositions citées dans Stobbe met sur le même pied le dépôt et le louage (on peut remarquer que dans ce passage le verbe louer est rendu par le

mot : *verhuren*). Ainsi, comme il était du reste naturel, l'évolution a été plus vite achevée pour le louage que pour le commodat.

Mutuum. — La loi wisigothe édicte que lorsque l'argent emprunté à péri par cas fortuit, s'il y avait des intérêts stipulés, le créancier n'a pas le droit de les réclamer.

On ne retrouve nulle part ailleurs rien de semblable, et la responsabilité de l'emprunteur à *mutuum* est toujours complète.

Dépôt salarié. — La règle relative au dépôt salarié est très différente de celle du dépôt gratuit. Pour celui-là le principe fut pendant très longtemps extrêmement simple : savoir la responsabilité complète. Ce n'est guère que vers la fin du moyen âge qu'on commence à restreindre cette obligation pour la mettre en concordance avec le droit romain.

Gage. — Nous ne trouvons rien dans les lois anciennes. Par contre, le miroir de Saxe s'en occupe de façon expresse. (Justement dans le passage que nous avons cité à propos du commodat.) A tout événement, le créancier gagiste doit rendre la chose en bon état ou en payer la valeur. (Stobbe, p. 254 et 255.) Cette règle a été contestée autrefois, sans la moindre apparence de raison d'ailleurs, en tant qu'ayant une portée générale. Mais nous ne devons pas oublier le passage suivant du miroir (III, 5, 4) qui donne une solution spéciale en ce qui concerne le gage d'ani-

maux. « Stirft aver en perd oder ve binnen sattunge ane jenes scult, de it under ime hevet, bewiset he dat unde darn he dar sin recht to dun, he ne gilt is nicht ; he hevet aver verloren sin gelt, dar it ime vore stunt, ire gelovede ne stünde den anderes. » (1)

La règle est en apparence un peu différente de celle de l'article précédent. Le créancier n'a pas à rembourser la valeur de l'animal ; mais il perd sa créance. Il ne fait à mon sens voir là qu'une simplification. Pendant longtemps, la somme fournie fut l'équivalent des animaux donnés en gage (ou tout au moins considérée comme telle, même dans le courant du moyen âge où le créancier gagiste avait perdu le droit de jouir de la chose) (2). Dans tous les cas et c'est le point à retenir, c'est le créancier qui subit le *casus*.

Les règles du miroir de Saxe furent adoptées par les droits qui vinrent ensuite. Mais naturellement

1. « Bewisen » signifie ici : « vorzeigen », ainsi que l'a dit Homeyer. (Sachsenspiegel, 1^{er} volume *Das sächsische Landrecht*) en note à notre passage. Le créancier doit représenter l'animal ; c'est-à-dire pratiquement la peau. C'est du reste ainsi que l'a entendu le dessinateur du manuscrit à images de Dresde. Sur la représentation de la peau V. Grimm. *Deutsche Rechtsalterthümer*, 1899, t. II, p. 132, et sur le manuscrit à images de Dresde, l'étude de ce titre, d'Amira.

2. V. Gengler. *Das Deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen*, p. 262 (*Die Pfandgabe aus der Fahrniß im deutschen Rechte des Mittelalters*) qu'on consultera aussi avec utilité sur la question de responsabilité au sujet des « gages mangeants ».

aussi, plus tard le créancier gagiste ne fut plus rendu responsable qu'autant qu'il y avait faute de sa part.

Quelle conclusion y a-t-il à tirer de ce résumé? Nous voyons la responsabilité du détenteur diminuer peu à peu, et les causes d'exonération qui étaient primitivement d'ordre purement extérieur se transformer pour se ramener à la considération subjective de la faute. Cependant en ce qui concerne le commodat et un peu aussi le mutuum, il semble y avoir un mouvement de recul quand on passe des lois barbares (particulièrement la loi wisigothe) au miroir de Saxe. C'est là, semble-t-il, un phénomène singulier peu facile à expliquer. Mais remarquons d'abord qu'en ce qui concerne les lois anciennes nous ne trouvons guère de renseignements positifs sur ce point que pour les Wisigoths et qu'il n'est pas certain que chez d'autres peuples germaniques la solution ne fût pas différente. N'est-il pas possible que le miroir de Saxe représente ici l'état primitif; c'est-à-dire que les dispositions en question des lois anciennes représentent non pas du droit germanique pur, mais du droit germanique romanisé? Un détail peut nous donner une idée à ce sujet. Tandis que le miroir de Saxe est rédigé en langue germanique (moyen saxon), les lois anciennes le sont en latin. C'est du reste l'opinion de Stobbe (p. 237) : « So wie aber bereits die æltern Volksrechte, welche unter dem Einflusse des römischen Rechts abgefasst waren,

den Commodatar nur für die Schuld haften lassen ». On pourrait être tenté d'objecter : il ne faut pas voir ici dans la loi wisigothe d'influence romaine ; en effet dans le mutuum elle diminue l'obligation de l'emprunteur quand l'argent a péri sans sa faute, ce à quoi n'avait jamais pensé le droit romain. A notre avis, ce fait s'explique d'une manière assez naturelle par l'observation que chez les Wisigoths (comme chez les autres du reste), le mutuum n'était pas encore parfaitement distinct du commodat ; et ils ont trouvé logique de modifier parallèlement la règle de responsabilité dans les deux contrats. De plus on peut faire remarquer qu'en ce qui concerne le dépôt et surtout le dépôt salarié, la règle était autrement lourde dans les lois barbares qu'en droit romain, et il est légitime de penser que l'évolution s'est faite dans le même sens pour tous nos contrats.

Nous avons dit déjà plus haut que jusqu'à la fin du moyen âge, la langue n'a pas de mots différents pour louage et pour commodat ; quoique la distinction en ait été moins tardive, le mutuum et le commodat furent confondus longtemps aussi et même la terminologie actuelle : Darlehn et Leihe porte la marque palpable de ce fait. Grimm (*Dtsch, Ralt*, t. II, p. 159) constatait ce fait il y a déjà longtemps. De cette page de Grimm, relèverons nous qu'Ulfilas emploie pour désigner un débiteur les mots *dulgis-kula* et *faihuskula* ? Laissons de côté le premier. Fai-

huskula offre un certain intérêt, étant composé de 1^o « skula » qui signifie ici « débiteur » (allemand Schuld ; suédois skola, être obligé) et 2^o « failhu » qui veut dire « bétail » ; ce qui dénote que les contrats de Leihe et de Darlehn ont pour origine commune le bail d'animaux.

Mais arrivons spécialement à celui-ci, et notamment à ce que les Allemands appellent d'un nom plus vague encore que notre mot français : cheptel : « die Viehverstellung ». En cette matière, le travail le plus important est un article de Huck intitulé « die Viehverstellung », paru dans la *Zeitschrift für deutsches Recht*, tome V, année 1841, pages 227 à 323. On consultera également avec profit. Stobbe. *Handbuch des deutschen Privatrechts*, tome III, pages 266 et suiv. L'étude de Huck étant réellement fort importante, et, d'un autre côté devenue assez rare (1), nous prions qu'on nous pardonne si nous y puisons un peu plus qu'il ne serait convenable en des circonstances ordinaires.

Nous lisons (Huck, p. 230) : « In den altgermanischen Quellen kömmt das Geschæft sehr frühzeitig unter dem Namen, animalia sociata, dare in socium, vor, sey es nun, dass unsere Vorfahren dasselbe von den Römern kennen lernten (?), oder dass sie durch die geldarmen Zeiten, in welchen ja ohne-

1. Au moins en France.

hin alle Præstationen in Naturalleistungen bestanden, von selbst darauf hingeführt werden. »

La première de ces deux suppositions nous paraît être inexacte, et la seconde constituer une explication insuffisante.

(*Id.*, p. 251). So wird bereits in den *Legibus Rot-
harris* den unfreien Güteraufsehern gestattet, Vieh
auf die Hälfte Nutzens zu verstellen oder einzustel-
len, indem es im Cap. 238 [bei Geogisch. *Corpus
jud. Germ.* p. 990] heisst ;

« *Servus massarius licentiam habeat de peculio
suo, id est bovem, vaccam, caballum, similiter et de
diminutis peculiis in socio dare et in socio recipere.* »
Aber nicht bloss Unfreie, sondern insbesondere
auch Geistliche und Klöster, die sich mit der Hütung
und Fütterung nicht selbst abgeben konnten oder
wollten, pflegten Vieh unter verschiedenen Bedin-
gungen zu verstellen. So erzählt der Abt Herrmann
in seiner Chronik (*Codex traditionum*) vom Sanct.
Mauritius-Kloster in Niederaltheim, aus dem Jahre
1253, unter dem Titel « *de foetu pecorum* » folgendes
[*Monumenta boica*. Vol. XI, p. 45, und 46].

Anno domini millesimo CCLIII habuimus XV
equas, quæ dicuntur stutpherit. Ex his dedimus in
curiam nostram in Usterling unam equam ; item in
Yserhoven unam ; item in Puchhofen unem ; item in
Munichdorf unam ; item in Tündorf duas. Villico
nostro in Dorfunam, et Friderico qui colit curiam

domini Liebhardi alteram. Item in Oetling unam ;
in Tagbrethshausin unam...

Poledri utriusque sexus si qui nati fuerint ex equabus quas dedimus ad curias nostras in tertio anno nobis reddentur.

In Rucozing habemus XI vaccas, quæ dicuntur Immerkve. De qualibet illarum dantur quinquaginta casei, et caseus debet valere in festo Johannis Baptiste III obolos, in festo sancti Martini duos denarios.

Ex his vaccis habet villicus noster unam ; Ditmarus filius præpositi unam ; Cyllingeria unam... (etc).

In Obernverde habemus X Immerkve ; de qualibet illarum datur ut supra. Ex his habet Livtvvicus unam... (etc).

Immerku est une vache donnée en cheptel de fer. Sur ce point voir Grimm (*D. Ralt.* 2. p. 131). On trouve eisernes, stæhlernes, ewiges (Vieh). — Eisern vieh stirbt nicht. — On trouve encore immerkue (comme dans le passage des Monumenta boica que nous venons de citer), immerrint, ewigkuh.

Un autre document bavarois de 1346, (dans Huck, p. 232) est également bon à citer :

Ich Heinrich Lauchir vergich öffentlich an diesen brief, allen den die in sehen oder hoeren lesen, das ich fürbas, dieweil ich leb all Jar gebên soll ze rechtem Dienst ein Pfunt Wachs von dem Wismat, daz der Poll gehaizzen ist, meinem genædigen Herrn dem

Abt und dem Gotshaus ze Scheyrn, wann ez sein rechtes Aygen ist. Doch mag ich für den genanten Zins und Dinest ein ymmer Rint stellen und antwurten in dez Gotshaus Amptman Gewalt, daz doch ze nemen und ze geben sei, und daz den vorgeanten Zins wol vergelten müg, und vertragen. Und wan das geschicht, so pin ich des vorgeanten Zins ledich dieweil ich leb, und nach meinem Tod, so ist das vorgeant Wismat and Rind ledich und los an alle Ansprach dem vorgeanten Gozhaus, als ander sein aigen Guet. Ze Urchund u. s. w. Daz ist geschehen, do man zalt von Christes Gepurt MCCCXLVI Jar an sand Agathe Tag u. s. w.

Le cheptel, et spécialement le cheptel de fer (1) nous apparaît donc comme extrêmement fréquent en Allemagne au moyen âge. Huck (p. 232) fait la remarque suivante : « Auffallend ist es, da das Institut in alten Urkunden aus Baiern so oft erwähnt wird, dass der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis desselben mit keiner Sylbe gedenkt. Auch im österreichischen Gesetzbuch ist es ganz mit Stillschweigen übergangen, so wie auch im Preussischen Landrecht. »

— Il y a moins lieu de s'en étonner quand on réfléchit combien était répandu le cheptel en France, et cela depuis le début du moyen âge, (et même avant)

1. On le remarquera ; dans les deux cas cités il n'est pas concomitant avec un bail d'immeuble.

jusqu'à la fin de l'ancien régime (et même après) et combien est petit le nombre des textes qui en ont parlé.

Quant au cheptel proprement dit, c'est-à-dire avec convention de partage de produits, nous le rencontrons dans trois des : *Alte Weisthüme* de Grimm. En premier lieu à Magdenau, du ^{xv}^e siècle (*Weisth.*, V, p. 189 § 21 et suiv.) ; ensuite ; *Recht des Hofs zu Obereckingen* (*landgrafschaft Stühlingen am flüsschen Wutach*), datant de 1500 (*Weisth.*, I, p. 306) ; enfin à Dielsdorf (à l'est de Regensberg) milieu du ^{xvi}^e siècle (*Weisth.*, IV p. 311). Le plus ancien et le plus complet de ces textes, par suite à ce double point de vue le plus intéressant est celui de Magdenau. Le voici rapporté textuellement.

§ 21. — Item, und wo ainer vech stellt ze gemaind, da sol der, der das vech hæet, alle jar ze sant Martis tag ie von zwai Kügen ain Kalb stellen oder von ainer Ku in zwai jaren ain Kalb, und wenn er das Kalb stelt, es sie von ainer Ku oder von zwai en, so sol der gemainder das Kalb nemen oder die rintmiet, als si mit enander überkomen sind, weders er wil und nimpt er das Kalb, so sind damit die Kū gemietet.

§ 22. — Und wenn si von enander tailen wend, was denn ainer selb im stall hat erzogen, das sol im der gmainder vor tailen und diser nemen ; was aber ainer sust zum andren gestellt hæet, wedra denn vom andren tailen wil und nit me gmain mit im han, der

solim vor tailen und der ander nemen und wedra dem anderen bim tail schuldig wirt, der sol im das nach tailsrecht usrichten in acht tagen ; tuot er das nit, so mag diser wider uf sinen tail komen als vor, ob er wil. § 23. — Kü sol man ze s. Vitz tag tailen, so haind si die wintre verdienet ; und welher si gehept hat, der sol desselben iars kain miet davon geben ; oder man mag si ouch ze sant Martis tag tailen, weders man wil. § 24. — Item, welher ros zuo gemand stelt, der sol weg hön die ze tailen, im hōwat (1) und im ougsten und sol ouch iedermann ros zuo mieten, wie er mit sinem gmainder überkomt. § 25. — Item, welher, zwai rinder selb in sinem stall erzogen hæet, der sol des ersten iars, so si ziehent, kain miet davon geben, sust sol iederman rinder mieten und halten, als er mit sinem gmainder überkomt.

Le texte est suffisamment clair par lui-même pour ne pas demander beaucoup d'explications. Relevons toutefois que la rémunération du bailleur peut consister soit en une certaine somme d'argent, la Rindmiete, ou bien en produits naturels c'est-à-dire en veaux ; relevons aussi cette disposition remarquable que le cheptelier doit fournir à la Saint-Martin un veau par deux vaches, et par suite paraît supporter complètement les risques en ce qui concerne les veaux.

1. Grimm met ici en note : hōwat = heumond ; cela me paraît signifier exactement ; au temps des foin.

Si nous passons maintenant à des sources germaniques plus récentes, nous trouvons en Suisse. Leu. Eidgenössisches Stadt-und Landrecht. Zurich. 1727 (Huck. 233) qu'on y distingue huit sortes de cheptels.

1° Quand il y a une promesse de garde.

2° Après un certain nombre d'années on vend le bétail et tout est partagé sans prélèvement de capital.

3° Quand des vaches ou juments sont remises pour être saillies par des taureaux (Wucherstiere) ou des étalons.

4° Estimation, avec tous profits et pertes pour compte du preneur.

5° Société (Gemeinschaft) [cheptel proprement dit].

6° Oder wann einem anderen Vieh so übergeben wird, dass selbige dem Uebergeber niemahlen abgeben, und der Empfaher demselben alljährlich dafür gewisse Früchte darvon bezahlen solle, von welchem dermalen — die üblichste ist, da einer dem anderen Küh, Schaaf oder ander Vieh auch etwan zugleich einige zum Feldbau dienliche Instrument und Geschirr menstens in einem gewissen Preiss und Werth angeschlagen mit dem Feldgut oder sonsten zu nutzen und zu gebrauchen überlässt, dass dieser ihme einen leidenlichen Zins darvon oder einen gewissen Antheil der Früchten oder Zucht dafür bezahle, auch die Gefahr deren selben halben auf sich nehme, dass er anstatt der etwann abgehenden andere anschaffe, oder nach Beendigung solchen Contracts eben so viel

wieder zurückstelle, oder die abgehende ersetze, danahen auch solches Vieh eisernes oder Stammvieh genennet wird. — Belangend den diessfälligen Zins so machend einige ein Unterschied zwischend dem grossen Vieh, welches in einem Jahre nicht zu der Grösse dessen welchem es entspringt anwachst, als Pferd, Küh etc. und zwischend dem kleinen Vieh, welches also inner Jahrsfrist anwachsen mag, als die Schaaf, Geissen etc. und stellen hierüber die Ordnung vor, dass das grosse Vieh der, welcher selbiges übernimmet 5 Jahr behalten und alles immittelst erzeugte Vieh gemein seyn soll, wann der, so das Vieh empfangen dem anderen den dritten Theil darvon gegeben, oder dass sonst der, welcher das Viehe also übergeben vor der Vertheilungein Stück zum Voraus wegnehmen möege : das kleinere Vieh aber der, welcher es übernimmet, drei Jahr behalten und jährllich für eine jede Geiss zwöelf, für ander dergleichen Vieh aber sechs gute Käse bezahlen und zuletzt eine gleiche Vertheilung vorgenommen werde solle, wie bei dem grossen.

7. Une sorte de contrat que certains considèrent comme une société.

8. Remise de bétail sous condition de paiement d'une certaine quantité de produits ; risque à la charge du preneur.

Il semble que Leu s'est inspiré en partie d'Ang. de Périglis et de Chassenæus ; dans tous les cas on

peut remarquer combien à cet époque le cheptel de fer (en entendant par là toutes les espèces où le risque est complètement à la charge du preneur) est fréquent en Suisse.

Plus loin Huck mentionne « l'alpage » ; celui-ci ne l'est pas dans Leu, (cela tient sûrement à ce que ce contrat n'était pas pratiqué au XVIII^e siècle, dans la Suisse allemande).

Quant aux textes allemands des XVII^e et XVIII^e siècles ils ne nous présentent rien d'extrêmement particulier.

Relevons un peu au hasard et sans ordre, divers points chez Huck.

Page 236. Württembergische Landesordnung. (Huck cite un passage relatif au cheptel de fer : *ein gemalte oder stæhelin kuh oder ein Stotzen in Stall.*)

Page 236. General Rescript de 1620 (Wurtemberg) distingue suivant que la Stellung a lieu eintweder das Vihe vmb das Kalb ou pour argent, vmb den Jæhrlichen Kalbzinss).

Le Badisches Edikt de 1747 ainsi que d'autres lois encore s'occupent du cheptel simple. Verstellung auf halben Gewinn, Theilvieh, Halbvieh.

Page 238. D'après les édits badois de 1725 et de 1747 la durée est de trois ans.

Page 239. Le General Rescript württembergeois de 1642 prévoit le cas où la rémunération du bailleur consiste en un certain nombre de journées : auff

den fall Zugvieh auch dergestalt verstellt oder verlihen wirdt dafür von aignen oder frembden Gütern eine gewisse anzahl Veldts oder Morgen zuerbawen.

Page 244. Edit badois de 1747. Die zu verstellende kuh oder Kalb zum Tragen [soll] tüchtig, und kein Rall seyn (sinon le propriétaire doit la reprendre).

Das zu verstellende Stück Vieh wenigstens zwei Jahre alt sein solle...

Page 246. Des règles dans l'édit badois de 1747 au sujet des Juifs qui donnaient du bétail à cheptel ; l'édit se plaint des Juifs et leur impose de conclure le contrat dans des conditions rigoureuses de publicité (V. *General rescript de 1770*, p. 247), on trouvera les détails dans Huck.

Ainsi qu'on le voit, et c'est assez curieux, le cheptel de fer a été pratiqué à toutes les époques dans les pays allemands, non seulement comme accessoire d'un bail de fonds de terre, mais seul et à titre principal.

Enfin pour en terminer avec l'Allemagne, nous nous souviendrons que le Code de 1900 est volontairement muet en ce qui concerne la matière des cheptels.

(J'extraits en dernière heure de Brockhaus. *Konversations-Lexikon*. Leipzig, 1903; mot Viehverstellung : Wegen des dem Versteller oft zufallenden wucherlichen Gewinns ist nach Gewerbeordnung, paragraph 35 seit Novelle vom 19 Juni 1893, polizeiliche Untersagung der gewerbsmæssigen v. bei Unzuverlässigkeit statthaft.)

L'IRLANDE

Après les belles études de M. d'Arbois de Jubainville, nul n'est censé ignorer ce qu'étaient les Vieux Irlandais. Tout le monde sait de même ce que sont les *Ancient laws of Ireland*; nul n'ignore que c'est la collection des anciens textes juridiques irlandais, textes dont le plus important et le plus ancien est le *Senchus Mor*. D'après d'Arbois de Jubainville le fond du *Senchus* est très ancien, antérieur même à la conversion au Christianisme et par suite en même temps antérieur à la connaissance de l'écriture (1). Nous nous rangeons à son opinion. Dans tous les cas, voici ce qu'on trouve en ouvrant un des cinq premiers volumes des *Ancient laws of Ireland* : A gauche, le texte irlandais ; à droite, une traduction de ce texte en anglais (2). En ce qui concerne le *Senchus*, le texte est divisé en deux parties : 1° Un texte

1. *Nouvelle Revue historique*, 1880, p. 158 et 513.

2. Cette traduction, malgré quelques légères imperfections presque toujours faciles à relever, a été pour moi plus qu'un auxiliaire.

chef; 2° Une, ou plutôt des gloses. La glose est naturellement beaucoup plus récente; de plus, il semble y avoir eu de place en place, même dans le texte chef, des retouches, et à des époques différentes. Disons tout de suite que le texte, et c'est spécialement vrai de la glose, est quelquefois absurde ou contradictoire. Le même fait, nous l'avons vu ici même, se rencontre également dans le Talmud; ce n'est du reste pas étonnant, le Talmud ayant été composé d'après le même procédé que le Senchus. Cela n'empêche pas cependant le Senchus Mor, comme le Talmud, de nous fournir des renseignements que nous pouvons considérer comme certains; une critique sévère s'impose, voilà tout.

Le Senchus (tome II des A. l. Ir.) (1) traite longuement du bail d'animaux (2). Avant d'en entamer l'étude (et nous n'avons pas la prétention, ni l'intention d'en faire une étude complète, mais seulement d'en fixer les points qui se rapportent aux questions que nous avons déjà étudiées chez les autres peuples), nous allons examiner différents termes em-

1. Pour Ancient laws of Ireland.

2. On trouvera une étude sommaire dans d'Arbois de Jubainville. *Droit celtique* I, (*Littérature celtique*, t. VII, p. 118) et dans la préface des A. l. I., t. II, p. 46; enfin, il ne faut pas oublier qu'on trouvera une analyse de tout le droit v. irlandais dans Dareste. *Etudes d'hist. du Droit*, 1889, p. 356.

ployés pour désigner ces animaux. Bien entendu, il s'agit ici de vaches. Les différences ne porteront que sur l'âge, c'est-à-dire depuis la naissance jusqu'au développement complet. Voici ces mots : « bo, set, samaisc, colpach, dairt, dartaid, laeg ». « Bo » signifie vache ; « set », bête à cornes en général. « Samaisc » signifie génisse ; « colpach », génisse également, plus petite que samaisc ; « dairt » également, plus petite que colpach ; « dartaid » également, plus petite que dairt. Quant à « laeg », il veut dire veau ; mais il ne semble pas qu'on ait jamais cherché à lui donner un sens plus précis. Il en serait différemment des quatre autres mots précédents, et tout au moins de samaisc, colpach et dairt. Dairt signifierait une bête qui n'a pas encore un an ; colpach, une bête d'un an ; samaisc, de deux ans. D'abord, en ce qui concerne samaisc, on admet la véracité de cette assertion sans savoir seulement sur quoi elle repose (1), nous n'avons pas, quant à nous, trouvé davantage sur colpach ou dairt.

Examinons maintenant les valeurs respectives de ces animaux. Une samaisc est évaluée, partout où nous avons pu le constater, à une demi-vache. C'est

1. Par exemple, d'Arbois de Jubainville dit (*Droit celtique*, I, p. 289, n° 3) : « A heifer in her third year, dit O'Donovan, supplément à O'Reilly. V°. Samaisc. Je n'ai pas retrouvé les textes qu'il cite ». Le glossaire des *Ancient laws* cite la même phrase « A heifer in her third year, not yet bulled. »

également l'opinion de d'Arbois (I.289); c'est également celle du glossaire des Ancient laws. On peut donc dire, d'ores et déjà, que la samaisc n'est pas une bête de deux ans, car une bête de deux ans vaudrait plus de la moitié d'une vache; mais n'insistons pas. Cherchons plutôt la valeur du set (qu'il nous arrivera d'écrire plus souvent encore sed) en fonction de celle de la vache. Un premier texte, généralisé par d'Arbois, (A. l., II, p. 152) dit que cinq sed valent trois vaches, ce qui met le sed à $\frac{3}{5}$ de vache. Un autre texte (A. l., II, p. 260) dit : Seize sed, i. e. huit vaches et huit samaisc, ce qui fait douze vaches; ce qui met le sed à $\frac{3}{4}$ de vache. » Même page (A. l., II, p. 260) quelques lignes plus bas : « Trente sed, i. e. qui font vingt-quatre vaches » ce qui met le sed à $\frac{4}{5}$ de vache. Cette dernière évaluation concorde avec celle donnée quelques pages auparavant (t. II, p. 252) où il est dit : « Une vache avec accessoires, vingt-quatre vaches sont le capital »; car nous lisons, page 260 : Le turcreic (capital) d'une vache avec ses accessoires, est trente sed. Un autre texte (A. l., I, p. 92) nous dit : « Cinq sed c'est-à-dire deux samaisc et trois colpach », ce qui équivaut à deux vaches. Ici le sed est mis à $\frac{2}{5}$ de vache. Citons enfin un autre texte (A. l., V, p. 486) où on dit que cinq sed valent deux vaches et une samaisc, ou en comptant comme d'habitude la samaisc pour $\frac{1}{2}$ vache, deux vaches $\frac{1}{2}$, ce qui met le sed à $\frac{1}{2}$ vache.

En ce qui concerne les valeurs des autres têtes de bétail, notamment pour le colpach, les contradictions sont également nombreuses, avec des variations aussi grandes. D'abord (A. I., II, p. 260) relevons le passage : « un colpach mâle (un taurillon) i. e, qui vaut une demi-vache... i. e, l'âge d'une samaisc. » En ce qui concerne la valeur, on lit (A. I., II, p. 220) qu'une génisse dairt vaut trois scrupules, une génisse colptach 6. A la page 252 du même tome, nous voyons une inlaeg bo (incalf cow) qui vaut 8 scrupules ; c'est-à-dire un tiers en plus seulement d'un colpach.

Le glossateur n'a qu'un but, concilier et expliquer des textes que parfois il ne comprend pas très bien. Ainsi (A. I., II, p. 238) on parle d'un veau d'unsac, c'est, dit une première glose, que ce veau a pour valeur un scrupule. Vient un second glossateur qui a trouvé un autre texte où il est dit qu'au moment du vélage, la valeur d'un veau est deux scrupules, que ce veau soit mâle ou femelle. La raison qu'il en trouve est fort amusante ; c'est, dit-il, qu'il va falloir dépenser un scrupule pour l'abattre. La véritable raison était probablement que les deux textes à concilier étaient d'époque différente et que le scrupule n'avait pas dans les deux cas la même puissance d'achat.

Nous croyons qu'à l'heure actuelle, le lecteur doit être fixé sur les contradictions qu'on peut rencon-

trer. Nous pouvons maintenant entrer dans le cœur de notre sujet.

Deux grands chapitres du *Senchus Mor* sont relatifs au bail d'animaux (en irlandais *rath*) ; il y a en effet deux sortes de tenures : la tenure *saer*, et la tenure *daer*. La tenure *saer* (ou *saerrath*) ne demande aucune explication préliminaire ; elle est traitée la première dans le texte, c'est par elle que nous commençons. (A. I. II. p. 194.)

« Cain tsaorraith cid ara neipenar ? Cia measom do cain tsaorraith ? Manchuine oculus ureirge. »

« Loi de *saerrath* pourquoi ainsi nommée ? Quel est le plus bas de *saerrath* ? Travail et hommage. »

Expliquons la seconde phrase ; le mot « *measom* » que le Glossaire des A. I. met au nominatif masc. sing. *mesam*, est traduit en anglais « *the worst* », le pire (ou plutôt ici, le pis) : What is the worst of the law of *saer stock* tenure ? En réalité, comme le montre le Glossaire, ce sens n'est pas certain ; le mot « *mesa* » se rencontre en plusieurs endroits ; or, *mesa* est un comparatif qui signifie : pire, inférieur, de moindre valeur. Dans ces conditions, deux sens paraissent possibles ; le premier d'après lequel on aurait : Qu'y a-t-il de moins lourd comme charge dans le *saerrath* ? Le second : Qu'y a-t-il de plus humiliant ? (Quoique dans le mot humiliant il y ait une nuance trop forte). Nous préférons le second sens, parce qu'il est vraisemblable qu'on doit parler des choses princi-

pales avant celles qui sont secondaires. Or, sans doute l'hommage et le travail ne sont pas de lourdes charges (tout au moins le travail comme il est entendu ici) mais l'un et l'autre abaissent la fierté du preneur.

L'hommage consiste à se tenir debout devant le bailleur assis. Le travail prévu par la glose consiste, soit à aider le chef à construire son fort, ou à récolter sa moisson, ou à le suivre à la guerre. La construction ou la réparation du fort du chef ne devait pas se présenter souvent ; d'autre part, la quantité de travail nécessaire n'était pas très grande. La moisson à l'époque ancienne, était peu de chose ; la principale sinon la seule utilité des céréales était la fabrication de la bière. Quant au service de guerre évidemment c'était quelque chose de plus sérieux ; mais il ne semble pas qu'il soit regardé là comme une prestation ayant une valeur pécuniaire. L'idée dominante est, semble-t-il, celle-ci ; quand le chef a une besogne à laquelle il ne peut suffire par lui-même et sa famille, ses preneurs doivent lui donner un coup de main et ne pas le laisser dans l'embarras. Cependant, si c'est là, croyons-nous, la conception primitive, il ne faut pas perdre de vue que avec l'accroissement de l'agriculture, le travail prendra une place importante ; mais d'un autre côté, pas non plus, semble-t-il, au même point que certaines corvées du début de notre moyen âge.

« Caite somuine cach seoit o bic co mor is saor-rathuib ? A trian cach seoit issi a somuini co cenn mbliadna. »

Quels sont les revenus de chaque sed du petit au grand dans le saerrath ? Le tiers de chaque sed est le revenu à la fin de l'année.

Cette règle très importante est en même temps très simple et ne demande pas d'explication. Que la bête louée soit grande ou petite, peu importe, à la fin de l'année le preneur en sera toujours débiteur et de plus il devra 33 o/o d'intérêts.

« Ar teora mbliadna dosli set a muin araile. »

« Pour trois ans un sed mérite son autre bête. »

C'est-à-dire qu'au bout de trois ans, si le chef ne réclame rien dans l'intervalle, son capital est doublé. On remarquera qu c'est le simple jeu de l'intérêt simple. La glose dit d'une manière peu claire que le chef ne peut pas demander de rente avant l'expiration des trois ans : peut-être y avait-il deux modes de paiement qui devaient être convenus à l'avance : ou bien le paiement à l'année, ou bien le paiement au bout de trois ans.

« As ocus los ocus geart iarsuidiu co cend teora mbliadan, iormota secht mbliadna, muine airbiatar cuice in tuilledh, acht aithgin cu diabul ; ar ni induth nec di araile iarmoth secht mbliadna, ar is iubaile aititen sairi in sain. Dilsigthur somain a set, acht aithgin » (p. 196).

Ce passage est très difficile, aussi nous donnerons d'abord la traduction anglaise.

« The growth and increase and milk afterwards to the end of three years, and until the end of seven years, unless the addition be paid to him, except restitution with double ; for no one pays increase to another after seven years, for that is the period of (the obligation) arising from the receipt of, saer (stock) the return of his sed is forfeited, except the restitution. »

A partir de « for no one pays » et de « ar ni induth », il n'y a rien à dire, semble-t-il, quant au sens général tout au moins. Mais, en ce qui concerne le commencement, il n'en est pas de même ; il y a d'abord une chose à remarquer, c'est que telle qu'elle est, la traduction anglaise est un non-sens. Ensuite, « muine » est traduit « unless » c'est-à-dire : si ce n'est, sauf ; mais, nous ne voyons pas que « muine » ait cette signification, c'est « muna » qui la possède. Quant à nous, nous croyons que « muine » a le même sens que « muin » au paragraphe précédent et signifie ici également bête (v. Glossaire au mot Main.)

Nous admettons que « acht » a par exception ici le sens de : outre. Il a ordinairement celui de sauf, excepté. Mais ces deux acceptions sont voisines. Elles sont même impossibles à distinguer si la phrase est négative ; ainsi, par exemple, si je dis : Il n'a

droit à rien « acht aithgin co diabul. » Acht signifie-t-il outre ou excepté ? D'ailleurs nombre de mots indiquent le passage d'une idée à l'autre ; c'est d'abord en irlandais même « cenmota », en espagnol « fuera de (esto) », en allemand « ausser. » En français les exemples seraient faciles à trouver ; ainsi, non compris a plutôt le sens de outre ; il est pourtant originairement semblable à excepté (1).

Si de plus nous supposons qu'au début il y a une préposition qui est élidée, comme le traducteur anglais en a admis lui-même l'existence dans deux cas tout à fait semblables (tome II, pp. 325 et 327) voici le sens qu'on obtient :

(Pour) croissance et croît et lait après à la fin de trois ans, passé sept ans, bête additionnelle à lui en augmentation, outre restitution au double.

Dans ce cas, ce passage aurait le sens suivant :

Si au bout de trois ans, le bailleur ne demande pas son paiement, au bout de sept ans il aura droit pour équivalent des produits de l'animal dont aura profité le preneur, à une tête de bétail, non compté la restitution au double à laquelle le bailleur avait droit au bout de trois ans ; ce sera par conséquent une restitution au triple. Le reste du passage s'accorde bien avec cette explication. Si au bout de sept ans,

1. Dans tous les cas, que « acht » puisse ou ne puisse pas avoir le sens de outre, sans compter, etc., c'est dans cette phrase le seul sens possible.

le bailleur ne demande pas encore son paiement, il n'a plus droit à des intérêts. Le revenu du sed est perdu, sauf l'aithgin, c'est-à-dire ici la restitution, suivant nous, au triple.

La glose n'a absolument rien compris à notre passage ; elle se lance ici dans des explications tout à fait déraisonnables (tant page 198 que page 218) que nous ne développerons pas au lecteur. Dans ce fatras, une idée semble cependant surnager ; à savoir que le preneur devrait payer non pas pour la valeur des produits, mais la valeur des produits eux-mêmes. Cette idée n'est pas absurde, c'est sans doute un mérite. Mais elle ne s'accorde pas tout à fait bien avec le texte ; et surtout d'une part le preneur ne recevrait rien pour la nourriture et les soins qu'il a donnés aux animaux, ce qui paraît peu admissible, enfin il y aurait lieu à des calculs très compliqués, or, on a vu que jusqu'ici le texte avait été d'une simplicité extrême.

C'est à notre passage que paraît se rapporter celui qui se trouve au bas de la page 212 « Dilis, acht diablad co na trian s. ». Est perdu sauf double avec le troisième. Le manuscrit ici est défectueux, le dernier mot, suivant nous, serait sed. Quoiqu'il en soit, où il se trouve, le passage ne paraît pas à sa place ; d'autre part, il semble bien se rapporter au passage que nous étudions maintenant. Nous traduisons avec le troisième s. ; le sens pourrait également être

avec le tiers. C'est du reste ainsi que le comprend la glose ; elle dit... restitution avec double, avec équivalent du tiers du capital en beurre et en nourriture. Cette explication de la glose a le défaut d'être en contradiction certaine avec le passage actuellement étudié, notamment avec les mots dont le sens n'est pas douteux ; après sept ans croît à un autre. La seule explication qui nous paraît rester est que le bailleur n'a plus droit (après sept ans) qu'à restitution au double de son sed avec encore un troisième en plus. Cette constatation est d'importance capitale, car elle nous montre l'absence complète d'intérêts composés, et même dans la seconde période, il faut quatre ans pour produire un sed, tandis que l'intérêt normal est du tiers.

Le fragment suivant nous dit : « Voici la distinction des rath et des chefs, i, e, un chef qui n'a droit qu'à beurre et grain et bétail vivant. »

Ensuite : « Un chef inférieur dont le père n'était pas chef. »

Puis : « Un chef bière et viande salée bouillie. »

Enfin : « Un chef (est admis à) viande rouge et grasse sans être salée. »

Ces passages, tels qu'ils sont, sont incompréhensibles. Nous ne pourrions donner que l'opinion de la glose, et, ici comme dans nombre d'endroits, la glose renferme des sottises et des erreurs certaines ; ainsi, par exemple, pour les erreurs, on trouvera sous le

second de ces passages (dans la traduction anglaise. *An inferior chief*) une application de la théorie du fosair qui est spéciale au daerrath. La préface du tome II, des A. I. page XLIX, remarque qu'un homme peut être chef sans que son père ait été chef, si chef a le même sens que bailleur, ce n'est pas très extraordinaire. On remarquera également que dans les deux derniers de ces passages, le mot employé pour désigner viande est *carna* (du latin *caro*).

« Flaith ciniul coir athur ocus senathur eiside dliges riara la urtechta olcenu. Ni dlig flaith saerrraith, na cuitrig, corr ecor selba. »

Donnons la traduction anglaise :

« The chief of true family by father and grandfather is entitled to returns with all nobles rights in general. Neither the chief who has given 'saer 'stock, nor (the chief) who has taken third security, is entitled to a return of cattle. »

Riara est le pluriel de riar ; le sens de ce mot n'est pas absolument certain. Riar signifie, dit le *Glossaire*, volonté, autorité, et corrélativement l'obéissance. Les riara sont dès lors des actes d'obéissance ; le *Glossaire* croit qu'en général on peut traduire services. D'autre part, urtechta semble signifier : droits, tout simplement. Dès lors, à titre tout à fait conjectural, nous proposerions le sens suivant (nous disons sens et non traduction, parce que nous savons bien que les trois derniers mots ne peuvent

grammaticalement pas se rendre comme nous le faisons).

Le chef de famille autorisé par père et grand'père, a droit aux actes d'obéissance (c'est-à-dire à l'autorité de chef) dans ses droits en général. N'y a pas droit, le chef de saerrath, ni le cuित्रig (le chef de troisième sûreté ; nous ne nous en occupons pas) qui a placé les animaux.

Cela voudrait donc dire que les droits nobles ne s'acquièrent qu'à la troisième génération et cela concorderait assez bien avec le passage cité plus haut qui semble dire que le chef dont le père n'était pas chef, ne peut demander que de la nourriture.

Naturellement la glose ne donne aucun éclaircissement sur cette question ; mais elle nous donne un renseignement intéressant. Il s'agit de la question des risques. Disons tout de suite que dans tout le chapitre du Saerrath, il n'est nulle part question dans le texte chef, de la théorie des risques ; suivant nous, en pareil cas, on doit en conclure qu'ils sont à la charge du preneur. Eh bien, justement ici, la glose applique la règle qu'on trouvera au Cain daerraith et qui est la suivante ; si au moment de la restitution, les animaux vivent encore, le chef doit les reprendre quoiqu'ils aient perdu leur valeur. S'ils ne sont plus vivants, la restitution doit être faite (en bétail comme le suppose avec raison la traduction anglaise) semblable à celui donné en capital (rath).

Nous reviendrons du reste sur ce point à propos du daerrath.

Sauf l'airer d'enech ruice de lui-même. (Sur l'enech ruice : prix du visage v. d'Arbois de Jubainville, *Dr. celtique*, I, p. 130 et suiv. et II, p. 148 et 149).

La glose dit que ce sera dans le cas où le chef aura outragé son preneur.

« Il n'a pas droit à amende pour manquement dans la rente, ni de forcer le tenant à la tenure ; s'il en est fatigué, il (le tenant) peut rendre quand il lui plaît. » (P. 206)

(Nous reviendrons un peu plus loin sur la glose qui accompagne notre passage).

« Le chef est libre, quand il lui plaît, de reprendre ses seds ; il le peut, à moins qu'ils (les seds) ne soient tenus à rente fixe. » (P. 210.)

La glose ne donne aucune explication sur les mots à rente fixe ; nous croyons qu'il s'agit là du cas où on convient de laisser les seds trois ans au preneur pour que celui-ci rende le double à la fin des trois ans. A part ce cas, chacune des deux parties est libre de faire cesser le contrat à sa convenance. Cette règle paraît très simple au premier abord ; il n'en est pas du tout ainsi en réalité. Comment doit être réglé le calcul de l'intérêt de l'année dans laquelle a lieu la séparation ? On est tenté de répondre immédiatement, proportionnellement au temps écoulé ; mais la difficulté s'élève de ce que l'état de la vache

relativement à sa gestation varie continuellement pendant l'année. La réponse la plus simple et la plus satisfaisante à tous les points de vue c'est que si la rupture est demandée par le bailleur il doit perdre tout droit pour l'année en cours et que si elle est demandée par le ceile il doit payer la rente complète de cette année.

La glose (p. 206) nous dit que le ceile (preneur) peut offrir de tenir en daerrath et que si le chef ne peut augmenter le nombre de bêtes dans la proportion légale, le chef doit perdre un tiers pour avoir redemandé ses bestiaux.

Une question assez obscure est celle du « athchur sairi co seotu ne gin seotu ». La traduction mot à mot n'offre pas une très grande difficulté, cela signifie : « Restitution du saer avec seds ou sans seds ». Quelle est au juste la différence ? Le glossateur ne nous en dit rien, selon toute apparence, parce qu'il n'en sait pas davantage. Ce qu'il sait par contre, c'est que la restitution sans seds a lieu quand le chef et le preneur sont morts ou que l'un d'eux est vivant et l'autre mort. Il ajoute (p. 208, l. 20). Si un chef a reçu d'autrui un rath, il n'est pas à être (on ne doit pas faire) restitution sans seds alors jusqu'à ce que l'héritier rende sur héritier (ces derniers mots sont compris par la traduction anglaise : « until one heir transmits to another ; le texte est : co ro athcuire comarba for comurba). A titre conjectural et sur ces données

insuffisantes, nous supposerons que la restitution sans seds est une restitution feinte, analogue dans sa sphère, à la tradition *brevi manu*. Par exemple, imaginons que le premier meure laissant pour héritier un fils ; le bail est dissous par la mort du preneur ; mais le fils, au lieu de rendre les seds, offre de continuer la tenure ; il y aurait restitution sans seds. Si cette conjecture est vraie, on donnerait la même solution dans le cas où le ceile rend le saer pour tenir les mêmes seds en daerrath.

Enfin sur nos fragments, mentionnons un passage relevé dans la préface du tome II des *Ancient laws of Ireland* (p. XLIX). Il y est dit que nul n'est tenu de prendre un daerrath ; de même, on n'est pas forcé non plus d'accepter un saerrath sauf de son propre roi duquel on ne peut pas le refuser (1).

« Cela est libre aux héritiers du chef ; le chef n'a pas le droit d'abandonner la rente » (p. 212). Ce passage est encore très peu clair et en tout cas difficile. Le sens que nous donnons ici est presque identiquement le même que celui donné par la traduction anglaise. « Festig » que nous traduisons « rente », est traduit au Glossaire des *Ancient laws of Ireland* : « food rents of a chief's house. Ce mot contient évidemment le mot *feis* qui signifie repas, aliments

1. Il est encore question dans le bas de la page 210, de *seoit turcluide*, nous reviendrons sur ce point à propos du *cloathar* en daerrath.

(v. à ce mot le petit glossaire de Collinet ; v. également à fes le glossaire des A. l.). Il est à notre avis beaucoup moins sûr qu'il contienne le mot tech, maison, qui fait au génitif tige ; si bien que festige devrait se lire fes tige « la rente » (aliments) de la maison (des habitants de la maison, naturellement).

Comme sens, il est à peu près sûr en comparant ce qu'on obtient de certain du texte chef avec la glose, que cela signifie que le chef ne peut pas, au détriment de ses héritiers, faire remise d'intérêts au preneur. (Naturellement dans tous les cas, les héritiers ne pourront se plaindre que pour sept ans d'intérêts suivant la règle posée plus haut.)

« Dilis acht cu muine coire, rath nathig do flaith » (p. 214).

Voici la traduction anglaise :

The stock of an inferior (given) to a chief is forfeited so as just returns are made.

Nous dirons simplement que le texte irlandais est probablement ici vicieux, et qu'il y a une faute de copiste dans le manuscrit ; tant la glose que le fragment suivant, montrent que ce n'est pas cu muine qu'il devait y avoir, mais cutrume. D'autre part, rath signifie non seulement capital, mais encore bail. Le sens alors pourrait être : Est perdu sauf justes équivalents le bail d'un inférieur à un chef ; c'est-à-dire que l'aitech (l'inférieur) peut bien se faire rem-

bourser son capital, mais sans intérêt. Dans tous les cas, c'est aussi ainsi que le comprend la glose.

« Fiach cutrum rath aithuig dia laile. »

Le rath d'un aithech à un autre, dette équivalente. C'est-à-dire que le bail d'un certain nombre de bêtes, fait par un homme de rang inférieur, à un autre homme de même situation, produit en faveur du premier une créance proportionnelle au nombre de bêtes fournies.

Mentionnons que suivant les gloses qui se trouvent sous ce fragment, dans ce cas la rente serait trois fois moins forte qu'en temps ordinaire, c'est-à-dire qu'il faudrait neuf ans pour obtenir le doublement du capital (toujours à intérêts simples, bien entendu) ou encore qu'en trois ans il y a droit à un tiers du capital en intérêts (bière et nourriture). L'intérêt ne serait donc que de 11 0/0 dans ce cas. Il est possible qu'à une certaine époque, cette règle ait été appliquée.

Reconnaissance chaque rath après connaissance.

(Every gift of stock is to be acknowledged when known).

« Daerrath cach tothlu sech fine (p. 215). » La traduction anglaise donne bien le sens : Every evasion of the tribe (is punished) in daer stock tenure.

Tel est le chapitre du saerrath. Tout n'y est pas également ancien ; mais les premiers fragments, c'est-à-dire ceux relatifs au taux de l'intérêt et à l'ar-

rêt des intérêts après sept ans paraissent avoir une allure vraiment primitive (1).

Nous allons maintenant entamer le chapitre relatif à la seconde forme de bail d'animaux dans la v. Irlande, la tenure daer ou daerrath (p. 222).

Incipit cain aigillne. (Ici) commence le cain aigillne. Cain aigillne ocus giallnu.

C'est le daerrath, i. e, rath ocus seoit turluide, rath et seoit turluide.

A quoi cette tenure autorise-t-elle ? Réponse : Seoit turluide ocus tuircrec besa airceanna.

Bes est constamment traduit food rent. Le sens n'en est pas douteux, il signifie rente, intérêt, loyer. Le Glossaire des Ancient laws dit : Bes, traduction « food-rent » ; with constant etymology of glossary « biad uais », (suit l'indication des passages). Cette étymologie est évidemment fausse ; mais il n'en est pas moins vrai que bes paraît proche parent de « biad » ; celui-ci signifie nourriture (2) airceanna est le génitif d'aircendach : fixé, défini. Ici le glossaire corrige la traduction qui est en regard de notre texte, qui, elle, donnait « en général ». Restent les deux expressions « seoit turluide » et « tuircrec ». La traduction anglaise traduit la première par returnable seds

1. Même à notre avis, c'est peut-être ce que nous possédons de plus primitif.

2. On remarquera que ces mots font partie de la famille bit. Bes est à biad ce que Bøse (all.) est à Bøte (suédois) payer amende.

et la seconde par proportionate stock. D'Arbois de Jubainville qui a très bien fait ressortir (*Dr. celtique*, I, p. 126 et 127) ce qu'étaient l'un et l'autre a traduit turcreic par « prix d'achat » et seoit turcluide par « bestiaux échangés. » En ce qui concerne turcreic, nous ne pouvons que nous rallier à la traduction de d'Arbois de Jubainville ; par contre en ce qui concerne seoit turcluide, nous ne sommes plus du même avis. Décomposons seoit turcluide, nous trouvons d'abord seoit, pluriel de set, mot que nous connaissons. Turcluide est un mot composé ; tur signifie ici prix, comme on l'a vu dans turcreic. Quant à cluid nous avons vainement cherché un mot morphologiquement semblable et ayant le sens d'échange. Par contre nous trouvons clu qui signifie honneur, renommée, cloth, renommée ; cluinim, entendre ; cluan, oreille ; clithar, roi ; cleith, de grande taille ; cloidem, épée. La racine est clu, honneur ; par suite, turcluide signifie prix de l'honneur. En vieux breton (Loth vocabulaire) on trouve de même clot : gloire, renommée ; du reste, ce mot se retrouve également dans les autres langues celtiques. Répétons toutefois que si d'Arbois de Jubainville n'a pas traduit exactement turcluide, il en a parfaitement compris le sens, voici comment : « des bestiaux qui constituent le prix de son honneur ; on appelle ceux-ci bestiaux échangés seuit turcloydi. » (*Dr. Celtique*, I, p. 126).

En définitive, nous traduirons « seoit turcluide oculus tuircrec besa airceanna » : Seds livrés pour cession d'honneur et capital d'estimation de rente établie (par la loi ou la convention).

Il reste maintenant à expliquer ces mots ; c'est ce que fait une glose sous notre fragment. A quoi la tenure donne-t-elle droit, i. e., que faut-il donner au tenant (preneur, ceile) pour la tenure ? Les seoit turcluide, i. e, les seds qui sont donnés en daerrath comme cloatar (c'est-à-dire prix d'honneur), voilà ce que c'est que l'aigillne. Le turcreic c'est le crec toirithniuch (1) (le capital de rapport) à donner pour la mbiad uais (nourriture noble, rente) c'est une tentative d'étymologie de bes. Le rath (le bail) lui-même c'est le giallna.

Les étymologies que ce passage nous donne, n'ont pas une grande valeur. En ce qui concerne par exemple bes qui viendrait de biad uais, nous l'avons repoussée. Bes est une forme parallèle de biad et non une forme qui en dérive. Pour l'étymologie de turcreic, nous aimons au moins autant l'explication de d'Arbois de Jubainville : celle-ci a le mérite d'être plus simple et en même temps d'expliquer à la

1. Toirithnigim signifie proprement aider. On a de même en français les mots : ressources, subsides, qui accusent une évolution dans le même sens. Le crec toirithniuch est donc proprement le capital qui fournit des ressources. Le sens de crec n'est pas douteux ici ; cependant nous ferons remarquer que nous ne l'avons pas trouvé dans les Glossaires.

fois turcluide et turcreic. Quant à l'explication de turcluide, c'est celle que nous avons donnée si cloatar dérive directement de clu, comme nous le croyons.

Mais en ce qui concerne le sens, cette glose a le mérite d'être non seulement sensée, mais simple et très vraisemblable (sur la cession de l'honneur, nous n'avons rien à ajouter à ce qu'on trouve dans d'Arbois de Jubainville, t. I, p. 126 et 127).

Nous voyons en quoi consistent l'aigillne et le giallna. En moyen irlandais gell signifie caution ; et tout naturellement on a conclu que dans les mots aigillne et giallna, il y avait une idée de garantie, c'est-à-dire que le preneur devait donner des garanties pour pouvoir tenir en daerrath. Mais il n'est pas dit un seul mot dans tout le chapitre, de ces garanties. L'intervention de la famille n'a pas le moins du monde ce caractère comme on peut s'en rendre compte en comparant avec la responsabilité délictuelle (v. d'Arbois de Jubainville (1), t. I, p. 190). Ici il est dit positivement que ce sont les seoit turcluide qui constituent l'aigillne, et le turcreic qui constitue le giallna. L'évolution de l'idée de bail en celle de garantie se retrouve dans rath qui signifie bail et plus souvent encore capital, et raith qui signi-

1. Quand nous ne citons pas le titre de l'ouvrage de d'Arbois, c'est du *Droit celtique* qu'il s'agit.

fié garantie. De même on remarquera que le mot allemand *borgen* signifie emprunter, et *bürgen*, cautionner. En suédois, *borga* signifie prêter, emprunter, cautionner. (En v. suédois, *borgha* signifie surtout cautionner). De même encore le français *bail* avec, en face, le même mot en anglais.

Il est dit au chapitre du *saerrath*, dans une glose, que le preneur reçoit des *seoit turcluide* en quantité égale au tiers du capital de la rente (p. 198, I, 14). C'est au moins ainsi que d'Arbois de Jubainville comprend ce passage. Ce passage n'ayant pas l'apparence de la vraisemblance et n'offrant pour nous aucun intérêt spécial, nous ne nous en occuperons pas.

Nous passerons plus rapidement sur le *daerrath* que sur le *saerrath* et nous sauterons même quelques fragments.

Un premier fragment nous dit (p. 224) que les *seoit turcluide* sont trois *seds* pour l'ogaire, 21 *cumals* pour le roi, 28 *cumhals* pour le roi principal, ces chiffres sont la quantité de bétail à fournir en *cloatar* pour avoir ces personnages pour vassaux *daer*.

Un autre plus général et d'apparence plus ancienne (p. 226) nous dit que le prix de l'honneur de chacun est ses *seoit turcluide*.

En ce qui concerne maintenant le *turcrec* et les rentes qu'il produit nous nous trouvons en face de règles nombreuses, assez compliquées et quelque peu

contradictoires. Un fragment (p. 228) nous dit que le turcrec de chacun est en rapport avec la richesse, le grade et la dignité du preneur. Ce passage paraît dénué de valeur juridique ; en fait il est fort possible que ç'aient été là des considérations déterminantes ; mais en droit étant donné que comme nous le verrons la rente était réglée en rapport avec l'importance du capital fourni sans préoccupation de la qualité ou de la richesse du vassal, il en résulte que le turcrec ne saurait avoir une valeur déterminée à l'avance à la différence des seoit turcluide.

Nous lisons (p. 232) que toute nourriture (= rente) doit être portée à la maison du chef et qu'elle doit être de bonne qualité. A propos de la rente c'est ici qu'il convient de parler du fosair. Voici ce qu'on désigne de ce nom. Un fragment (p. 226) nous dit par exemple : Teora ba ar molt cona fosair. Trois vaches pour un mouton avec fosair. Le fosair est traduit en anglais accompagnement (en français : accessoires). Cela veut dire dans le cas présent : Si le turcrec est de trois vaches il y aura comme rente annuelle un mouton plus diverses choses accessoires. Ces accessoires dépendent et dépendent seulement de la nature de la rente principale. Voici en quoi ils consistent : (p. 244). Prestation principale. Un veau valant deux sacs, sain après castration, broutant auprès des vaches laitières du commencement de l'été à la présentation au chef ; dix poings sont le

tour de son corps ; ses deux hanches arrivent à ses deux reins (sauf une différence de la largeur de trois doigts), bien portant, de bonne souche, bien conformé. Accessoires : deux sacs de malt, de malt pur ; un cochon salé d'une certaine grosseur mesurant deux poings entre son gras et son maigre (?), deux doigts entre la viande et la peau du dos, ayant huit poings de long et quatre poings de large, âgé de deux à trois ans, et trois sacs de blé, et une poignée de chandelles ayant huit poings de long suivant la mesure légale de la main.

Si maintenant nous cherchons à nous rendre compte approximativement de la valeur des accessoires par rapport à la rente principale, nous trouvons ce qui suit : Le veau vaut deux sacs. Si on ajoute trois sacs de froment on obtient cinq sacs ; ajoutant deux sacs de malt comptés pour un sac et demi de blé, six et demi ; quant au porc tel qu'il est, décrit en y ajoutant les chandelles, on doit encore avoir une valeur d'environ deux sacs. Soit huit et demi, soit au total quatre fois un quart la valeur de la rente principale.

Pour un veau d'un sac (p. 238) les accessoires étaient les suivants : un ventre (poitrine de porc) valant un sac ; un sac de malt et un sac de farine. (Ici divers points sont peu certains ; mais on peut voir que comme dans le cas précédent les accessoi-

res valent à eux seuls près de trois fois la valeur de la rente principale.)

Pour un veau de trois sacs (p. 248) les accessoires étaient un porc salé (semblable à celui décrit pour le veau de deux sacs), trois sacs de malt ; un demi-sac de blé, une poignée de chandelles. Soit au total de huit sacs à huit et demi. La proportion n'est pas la même du tout. (Ce qui démontre peremptoirement qu'il y a erreur d'un côté ou de l'autre, c'est qu'il est dit, nous reviendrons plus loin sur ce point, que le capital de la rente d'un veau de deux sacs est trois vaches, et celui de la rente d'un veau de trois sacs, six vaches.)

Pour un veau de quatre sacs les accessoires sont : trois sacs de malt, un porc salé (tel que plus haut) un demi-sac de blé et deux poignées de chandelles ; c'est-à-dire les mêmes accessoires que pour un veau de trois sacs ; mais une poignée de chandelles en plus.

Les accessoires d'une vache sont les suivants : un porc salé ; huit sacs de malt ; un sac de blé de première qualité ; trois poignées de chandelles. Dans ce dernier cas les accessoires atteindraient à peine la valeur de la rente principale.

Au milieu de toutes ces contradictions, nous avouons que nous ne retrouvons pas de fil conducteur. Sans doute il n'y a rien d'impossible à ce que le taux de l'intérêt soit d'autant moins élevé que le

capital est plus important, (on peut même trouver que c'est normal) mais de toute façon et nécessairement six vaches doivent rapporter beaucoup plus que trois vaches.

Quant au capital nécessaire pour produire ces rentes il est de six semhaisc pour une rente d'un mouton (1 veau d'un sac) avec accessoires (p.256) ; de douze seds pour un dartadh avec accessoires (p. 258) , de seize seds pour un colpach mâle avec accessoires (p. 260) ; de trente seds pour une vache avec accessoires (p. 260). Seize seds seraient le capital donné à l'ogaire ; trente seds celui donné au boaire (p. 260). En ce qui concerne celui-ci le taux d'intérêt serait par suite d'environ 8 o/o (d'Arbois de J. 1.128 dit 5 1/2 o/o). Nous laissons à d'autres également ici le soin de démêler dans ces textes l'ivraie du bon grain. Le plus sage en cette matière est de s'en rapporter tout simplement à la règle qu'on trouvera p. 254. Mided cach a coir ar a torgaba a mama ; c'est-à-dire en traduisant un peu librement : à chacun son droit suivant les conventions.

Si le chef ne fournissait pas les seoit turcluide, une partie des animaux était abandonnée au preneur (1).

Vient maintenant un autre fragment. La traduction anglaise étant convenable nous la donnons :

Nous n'insistons pas, les indications du texte étant encore contradictoires.

« Every proportionate stock (c'est le turcreec) is forfeited (c'est-à-dire devient la propriété du preneur after lawful services rendered without failure, without neglect, without treachery, without negligence, to the end of seven years, if it is the chief who has died. Not so if it is the tenant who has died ; the chief is entitled to service from the heirs of the tenant in two months for attendance, for banquet, for pledges, for meeting, for revenging, for attack, for defence. »

Il y a deux phrases. Si nous isolons la première, elle nous apparaît immédiatement comme impossible ; ce système aurait été en effet la ruine des héritiers. Mais ici on peut faire des hypothèses assez vraisemblables et c'est pourquoi nous avons retenu ce fragment. S'il est impossible d'admettre que le turcreec soit perdu par la mort du chef, il est au contraire certain que cette mort entraînait la rupture du contrat. Ce dernier point n'est pas dit expressément, mais il est très souvent question comme nous le verrons plus loin de rupture pendant la vie, ce qui donne à penser que la mort est la cause normale de rupture. Il y a donc confusion entre le capital et le contrat et certains mots et tout notamment rath peuvent avoir donné lieu à cette confusion. Par suite il est probable que notre texte a été précédé d'un autre texte plus ancien où il était dit : Tout rath (bail) est rompu par la mort du chef, sauf les resti-

tutions à faire en capital d'abord, et en intérêts jusqu'à sept ans s'il y a lieu.

Une partie de fragment qui est peut-être intéressante est la phrase, page 270, commençant par : Dilis cach meath... ar marbaid cach marb a cinta.

En isolant cette phrase on peut voir que toute faute ou tout intérêt dus par le preneur qui ne lui ont pas été réclamés avant sa mort sont perdus pour le chef, parce que chaque mort tue ses engagements.

En ce qui concerne la restitution du capital il n'y a pas de doute que la mort du preneur ne libère pas les héritiers; en ce qui concerne les amendes il est au contraire également très vraisemblable que la mort du preneur les éteint; en ce qui concerne les intérêts la question malgré tout semble rester douteuse.

Passons rapidement et disons seulement quelques mots de la famille, et même si nous parlons de celle-ci, c'est en grande partie parce que Kovalevski (*Zakone i obuitchai na Kavkazé*) (*passim*), non sans raison du reste y a attaché une grande importance. En principe un homme ne doit conclure de contrat (p. 288 l. 1) que du consentement de sa famille; mais d'un autre côté il semble que la famille soit également responsable des conséquences qui découlent de ce contrat (V. en ce sens d'Arbois de Jubainville. *Dr. celtique* I, p. 63; de même A. l., II, p. 280;

l. 29 : imus cumtaiget fine) ; cependant d'un autre côté comme nous le verrons plus loin si le chef en cas de non paiement s'empare de son ceile comme esclave (tout au moins comme nexus) il semble par là même épouser ses droits.

Une fois le daerrath conclu le ceile n'a plus le droit d'accepter d'autres animaux d'autres bailleurs ; c'est tout au moins ce que dit le fragment page 308 ; même le fragment page 306 semble dire qu'un chef qui a un ceile en saerrath, ceile qui est lui-même de famille en saerrath, peut empêcher ce ceile de prendre des bêtes d'un autre chef en aigillne.

Quant à la résolution du contrat elle pouvait, nous disent à la fois fragment 3 de la page 312 et une petite pièce de vers page 314 avoir lieu de sept façons pendant la vie. Consentement des deux parties ; disqualification du chef (faux jugements gubrea-tha, p. 328, texte chef 1, faux témoignages, gufor-gell même passage), fautes ou manquements du preneur ; par désir du preneur de tenir en saerrath sans changer de chef ; par désir de changer de chef ou de preneur ; par pauvreté de l'une ou de l'autre des deux parties, etc... Pour les détails nous renvoyons au texte. Nous n'examinerons qu'un ou deux cas.

D'abord si le preneur veut sans changer de chef changer la nature de la tenure, et tenir désormais en saerrath il doit, nous dit un fragment (p. 318, dernier fragment) rendre le capital au double et payer

double rente pour l'année dans laquelle la restitution a eu lieu.

Au contraire si le chef réclame la restitution sans faute du preneur il doit, nous dit un fragment (p. 316, dernière ligne), laisser un tiers au preneur ; voici ce que nous dit la glose dont nous donnons la traduction anglaise qui paraît ici suffisamment satisfaisante : (In) the separation which the chief requests from the aigillne tenant, the one third of the stock and of all the returnable seds are forfeited to the tenant, and the food of the year in which they separate is forfeited, and the comloigthe payments made must be returned by the chief and the comloigthe payments are due to the tenant ; (mais restitution des deux autres tiers du rath doit être faite au chef.)

Ce passage simple et vraisemblable est à retenir. Il nous montre que le principe est la restitution du turerec et des seoit turcluide à la fin du contrat. Il nous montre que dans le cas ici étudié la rente de l'année en cours ne sera pas payée par le ceile ; comme d'autre part dans le cas où le contrat est rompu par la faute du preneur, celui-ci doit payer au double la rente de l'année en cours (mais du reste alors les deux capitaux doivent aussi être restitués au double) on peut en tirer une conclusion plus large et pouvant s'étendre même au saerrath ; ce serait la règle que si la séparation a lieu dans le courant de l'année en ce qui concerne l'intérêt de l'année en

cours il y a lieu de distinguer du fait de qui provient la rupture. Provient-elle du chef, la rente est perdue pour le tout ; provient-elle du ceile celui-ci doit payer la rente intégrale de l'année. En ce qui concerne les comloige on trouvera une étude sur ce point au mot comlogad dans le glossaire des Ancient laws. Ce sont des paiements accessoires à faire ; ils peuvent être dus par l'une ou l'autre des parties (quoiqu'ici on ne parle que du cas où ils sont dus par le chef) ; c'est ce qui résulte d'un certain nombre de textes qu'on trouvera indiqués au mot comlogad ; nous mentionnerons à cause de la proximité avec le texte que nous étudions en ce moment le passage, page 328, ligne 4. Peut-être prévoit-on ici le cas où le rath était composé de jeunes animaux improductifs et où alors le bail tend plus vers l'entreprise que vers le louage de choses.

« Ma marathar seoit ernes flaith, cia dosroimli aes ocus fognam, ma frisrognaithe somaine co ngaire techta, ni obund flaith a seotu cenibat fiu feib ro rath. » (P. 316.)

Si les seds fournis par les chefs sont vivants, quoique l'âge et les services les aient usés, si les revenus ont été payés avec les soutiens de droit, le chef ne doit pas refuser ses seds quoiqu'ils n'aient plus la grande valeur (d'au moment où ils ont été livrés) en capital.

La glose dit : soutiens de droit, c'est-à-dire travail

(maneuine). Ce passage est très important parce qu'il montre dans toute son évidence que les risques sont à la charge du preneur ; le bailleur supporte uniquement la perte que l'âge (car pour le travail des animaux, cela n'a pu être dit qu'à une époque relativement récente) amène naturellement.

La glose la plus intéressante de ce fragment se trouve sous un autre fragment, on la trouvera au bas de la page 314 (1) : « S'il n'en reste plus de vivants du tout, des animaux (semblables) doivent être rendus d'aussi bonne qualité que ceux donnés en capital (rath), quelle que soit la mort (le genre de mort) fréquente ou non fréquente), il faut le rendre (le capital) sauf en cas de maladie originaire certaine. » Ce qui suit, car la phrase n'est pas finie, est mauvais à notre avis, n'est sûrement pas de la même main, le voici : « ou douteuse (la maladie) du chef (2) pendant la durée naturelle des seds. » La preuve de l'interpolation de la fin résulte 1° du mot « cunntabartach » douteux ; autant on comprend bien que si le chef a fourni des animaux qui étaient malades sans qu'on pût le voir il doive subir le risque de la perte de ces

1. La traduction anglaise explique du stock du chef ; évidemment cette explication a le mérite de faire d'un non-sens une phrase compréhensible, mais enfin ce n'est pas dans l'irlandais.

2. Comme on peut le voir, nous suivons ici de très près la traduction anglaise.

animaux quand le fait est certain, autant il devient incompréhensible qu'on donne la même règle quand ce fait est douteux. — 2° Pendant la durée normale de la vie des seds ; ce passage est en contradiction directe avec le fragment cité plus haut. « Si les seds sont encore vivants, quoiqu'ils aient perdu leur valeur », ce qui ne saurait être interprété autrement que : s'ils sont morts dans n'importe quelle condition, on retombe dans la règle générale de la responsabilité du ceile. »

Mais si la fin de notre passage est mauvaise, le commencement au contraire paraît bon. Au reste dans bien des endroits on trouve la règle que lorsque les animaux sont morts le preneur doit en rendre d'autres d'égale valeur, je n'ai trouvé que dans un seul, qu'on verra ici même plus loin, un passage faisant ces distinctions ; mais ce nouveau passage s'est inspiré de celui-ci : Il est du reste possible qu'à une époque plus récente, le droit ait évolué progressivement dans un sens favorable au preneur. En résumé, nous considérons comme certain que le preneur est responsable de la mort des vaches, sauf si par l'effet de l'âge les animaux diminuent un peu de valeur ou sauf si le chef a livré des bêtes malades (dans le cas bien entendu où l'animal est mort de cette maladie).

Pour en terminer avec le daerrath, nous n'avons plus à nous occuper que d'un seul fragment (p. 340).

Il s'agit du cas où le preneur rend le rath par pauvreté : « Si c'est le ceile qui est indigent, il paye en services (la valeur) des seds en rapport avec l'estimation, sans fraude. » En services, c'est, dit la glose, un travail corporel. D'Arbois de Jubainville a comparé le daer ceile au serf ; la condition du premier nous semble très sensiblement supérieure ; mais, quand par indigence, le ceile entre en service chez le chef, il devient un véritable nexus. La condition de celui-ci a dû être adoucie par l'Église chrétienne, mais il apparaît nettement qu'elle était très inférieure à celle du daerceile.

Nous en avons terminé avec l'étude principale du bail d'animaux dans le droit v. irlandais ; nous allons maintenant passer en revue quelques textes accessoires.

Le premier se trouve rapporté dans d'Arbois de Jubainville (*Littér. celtique*, I, 161) Il s'agit d'un procès entre saint Colomba et saint Finten devant le roi Diarmait. La scène se passe au vi^e siècle. Il s'agissait du prêt d'un livre. L'emprunteur en avait tiré une copie. Au moment de la restitution, le prêteur prétendit avoir droit non seulement au livre prêté, mais également à la copie. C'est cette affaire qui était soumise au roi Diarmait. Celui-ci fut d'abord fort embarrassé ; il appliqua la règle suivante : « La cach boin a boinim », c'est-à-dire : « avec chaque vachesa

petite vache ». Cette règle, à cette époque, nous apparaissait déjà comme proverbiale, par suite comme ancienne. Le sens en est clair, il signifie que le taux de l'intérêt est le part. Et cela même nous montrerait si nous n'en avions déjà été convaincus auparavant que les grands principes du saerrath sont ce que le droit irlandais contient de plus ancien dans toute la théorie des baux d'animaux.

Kovalevsky dans « *Coutume primitive et Loi ancienne* » signale (p. 132) un passage d'où il résulterait que les risques seraient à la charge du bailleur. Ce passage se trouve aux *Ancient laws* (IV, p. 37 en bas). La traduction anglaise est bonne, sauf sur un point essentiel. Log : payement est traduit forgive, il faudrait give ou pay : « (Dans) tout (cas de) dette qu'un (homme) promet, qui n'est pas dans une situation riche ou qui n'a pas de chance d'acquérir, l'eric est suivant ce qu'il a promis, c'est-à-dire, quand la chose n'est pas en la possession du débiteur et qu'il n'est pas probable qu'elle soit acquise par lui et que la garantie (le mot est raith, cela signifie ici plus probablement simplement : bail, prêt) est connue, le payement (doit être fait) comme convenu avec croissance et croît.

S'il a la chose au moment du contrat, et qu'elle péricule par nécessité (dethbire, nécessité, force majeure) cela bénéficie (de la règle), arra anarra (cela veut dire une chose pour l'autre) c'est-à-dire, du

moment que la dette est contractée et qu'il est probable qu'il acquerra la chose, ou que celle-ci a péri par dethbire, son paiement au contrat (c'est-à-dire il paiera suivant ce qui a été convenu.)

Si la chose a péri sans nécessité, ou qu'il ne se la procure pas quoiqu'elle soit promise, il ne sera pas pris de paiement de lui du tout ».

Ainsi donc ce texte dit expressément que même la chose eût-elle péri par force majeure (dethbir) le débiteur devra payer suivant le contrat.

Maintenant si on le regarde d'un peu plus près, on s'aperçoit qu'il est absurde, En effet, il dit ni plus ni moins que si la chose a péri par cas fortuit, le débiteur devra payer, et que si elle a péri sans nécessité, il n'aura rien à payer du tout.

Il est cependant facile de la remettre sur pied et avec quelques retouches, d'en faire un bon texte :

Le premier alinéa rappelle la règle générale de la responsabilité du preneur. Le second paraît à peu près sensé. Le troisième est absurde. Le copiste a vu qu'il y avait opposition entre ce passage et le précédent ; ne comprenant pas ce qu'il faisait et ne voyant pas bien l'opposition, il aura voulu corriger. Voici ce qu'il faut dire pour rétablir le texte dans son état primitif.

Si la chose a péri par force majeure et qu'il ne

puisse pas se la procurer, quoiqu'il l'ait promise, il ne sera pas pris de payement de lui du tout.

Quand on dit se procurer la chose, cela signifie sans aucun doute possible une chose de même nature. Par suite et en définitive (et en modifiant aussi légèrement le second alinéa), si la chose périt par force majeure et que le débiteur puisse s'en procurer une autre pareille, c'est le cas d'appliquer la règle *arra anarra*, et le débiteur devra payer suivant sa dette. Si, au contraire, la chose périt par force majeure, mais que le débiteur ne puisse pas s'en procurer d'autre semblable, il sera libéré.

Nous reviendrons maintenant au *Senchus* pour attirer l'attention du lecteur sur deux points.

Le premier se trouve au *Cain lanamna* : loi des rapports sociaux. (C'est le chapitre qui se trouve immédiatement après celui de l'aigillne.) Page 344, on voit ceci (nous donnons la traduction anglaise qui est bonne) : *Question*. — How many kinds of social connexions are there with the Feini (nous croyons que Feini a ici simplement le sens de : nos semblables, nos concitoyens) ? *Answer*. — Eight. The chief with his aigillne tenants ; the church with her tenants of ecclesiastical lands ; (ceci est un contre-sens relevé dans le glossaire ; il faut comprendre : l'église avec ses moines. Mais le traducteur anglais n'en est pas responsable, parce que le glossateur irlandais avait déjà commis la même erreur) ; the

father with his daughter ; a daughter with her brother ; a son with his mother ; a foster-son with his foster-mother ; a tutor with his pupil ; a man with a woman. (Lire his woman). De ce passage, il y a à retenir que le rapport entre chef et preneurs est un rapport presque familial, puisqu'il est entremêlé au milieu de rapports qui ont strictement ce caractère. On se rappelle qu'en Perse nous avons trouvé quelque chose du même genre.

Le second point est relatif à la théorie du iarrath (Lire d'Arbois de Jubainville, p. ex. *Dr. celtique*, I, p. 112.) Les nobles en Irlande faisaient élever leurs enfants par des personnes auxquelles ils les confiaient. Le iarrath est le nom de ce contrat. Il est traité au *Senchus* immédiatement avant le *Cain tsaer-raith* et commence (A. I., II). p. 146 Nous allons rechercher le caractère primitif de ce contrat. Le mot iarrath est traduit en anglais fosterage payment. Duald Mac Firbis dit iarrath, i, e, luac oileamna, prix d'éducation. D'Arbois de Jubainville admet aussi cette explication (*Droit celtique*, t. II, p. 154) ; il dit : Iarrath signifie littéralement paiement postérieur. Cependant on peut remarquer que rath ne signifie jamais paiement. Rath est un mot que nous avons rencontré déjà bien souvent et nous l'avons toujours trouvé avec le sens de capital d'un bail d'animaux ou celui de bail d'animaux. Dans d'Arbois, rath est traduit cheptel qui a

l'avantage de posséder également ces deux sens ; nous ne l'avons pas imité parce que nous avons réservé le mot cheptel pour une sorte spéciale de bail d'animaux, et d'un autre côté, il vaut peut-être mieux montrer qu'il y a là en réalité deux sens distincts. Donc, à première vue, cain... raith semble vouloir dire : loi du bail... Reste le mot iar. Iar signifie : après. Nous ne trouvons pas satisfaisant le sens de bail postérieur ; mais de ce fait, nous sommes alors plongés dans la conjecture ; pendant que nous sommes dans cette dernière, disons que des diverses hypothèses qui se sont présentées à nous, celle qui nous plaît le mieux, c'est que iar a ici le sens d'enfant, et que c'est là un mot tout à fait distinct de iar : après. Iar dans le sens de poule, est peut-être plus rapproché ; le mot français : gars, pourrait bien être identique. Quoiqu'il en soit du mot iar, l'objet du contrat est l'altrum, c'est-à-dire l'élevage d'enfant ; ce dernier mot vient évidemment de ailim, nourrir. Ailim est le parallèle (et non le dérivé, croyons-nous) du latin *alere* (même sens). Tâchons maintenant d'avoir une idée du contrat. La glose est en général fort mauvaise. Il n'y a pas lieu de s'en étonner. Nous voyons qu'au moment où l'enfant est remis au nourricier, à l'éleveur pourrait-on dire, le père remet également à celui-ci une certaine quantité de bétail. Cette quantité de bétail dépend de la qualité de l'enfant à élever d'après la

dignité du père de celui-ci (1). La raison en est tout simplement que l'enfant du chef supérieur recevait une éducation plus soignée et plus onéreuse. Quand l'éducation était terminée, ce qui, semble-t-il, avait lieu au moment où l'enfant avait atteint dix-sept ans (p. 186 en bas), le père nourricier devait rendre l'enfant au père véritable. Mais quelle règle devait-on suivre pour le reste ? D'après un premier texte qui paraît isolé et qu'on trouvera comme exprimant la règle générale dans d'Arbois de Jubainville (II, 154) (2) le père devrait donner encore au père nourricier une quantité de seds égale à celle fournie au début.

Un certain nombre de textes semblent supposer (p. ex. 174. l. 19) que l'un ni l'autre n'aura de réclamation à exercer une fois l'enfant rendu ; les textes dans ce cas, (aucun d'eux toutefois n'est concluant) sont les plus nombreux. Enfin, d'autres textes disent au contraire que une fois l'enfant rendu, le chef a le droit de redemander la restitution de ses animaux. Citons d'abord (p. 170. l. 8) *Ni fil fri hiarraith anechtair do aisic cid iar ndialtír*. La même chose en ce qui concerne le iarrath au dehors doit être restituée après l'éducation. On peut ne pas trouver ce texte très net ; en voici d'autres qui ne

1. Elle dépendait également, mais dans une proportion beaucoup plus faible, du sexe de l'enfant, les filles étaient censées coûter plus cher à élever que les garçons.

2. Je n'ai pas retrouvé le texte cité par d'Arbois.

laissent place à aucun doute (page 162. l. 3) : « Si les seds sont vivants après l'âge de l'éducation, quoique l'âge et les services les aient usés (les animaux), ils doivent être rendus comme ils sont. S'il n'en reste plus de vivants du tout, restitution doit être faite comme ils étaient au moment où ils ont été fournis. » Egalement (page 170 l. 13) : « Masa galur bunuid... Si c'est par une maladie originaire certaine que la perte des seds a eu lieu durant la durée normale, des seds de même nature (doivent être remis) par le père au père nourricier (l'éleveur). Mais si c'est par une maladie douteuse, la moitié est à payer par le père au père nourricier, et la pleine (valeur ; le tout) est à être restituée au père après restitution pour l'altrum (c'est-à-dire après la fin de l'éducation). Quelle que soit la mort, usuelle ou non usuelle, qui les ait fait périr après la fin de la durée (normale), s'ils sont encore vivants après la fin de l'éducation, des seds de même nature (doivent être rendus) par le père nourricier au père ; ou bien on ne se préoccupe pas de la durée, mais restitution est à être faite au père. » L'auteur de ce dernier passage connaissait évidemment le texte cité plus haut page 295 et pas dans sa forme primitive

Quelle conclusion tirer de tout cela ? Au point de vue de la possibilité aucune des trois solutions n'est à rejeter. En ce qui concerne l'explication matérielle des textes, l'hypothèse la plus satisfai-

sante est que au début et pendant longtemps, le père nourricier fut obligé de rendre les seds à la fin de l'altrum ; que, plus tard, probablement par généralisation de cas d'abord exceptionnels, le père satisfait de la bonne éducation reçue par son enfant, aura fait remise au père nourricier de la dette de ses seds ; et enfin après s'être fixée sous cette nouvelle forme, l'institution s'est peu à peu perdue sans abrogation, sans véritable modification, mais par extinction lente (comme c'est du reste le cas, semble-t-il de bien des choses dans l'ancienne Irlande). A l'époque des glossateurs qui dans cette manière de compter serait au stade 3, on ne savait plus ce qu'était l'institution, mais les auteurs de cette époque avaient à leur disposition des sources que nous ne possédons plus. Dans ces conditions, on s'expliquerait tous les textes qui semblent supposer qu'à la fin de l'altrum, le père nourricier a à rendre l'enfant au père et qu'une fois cette restitution faite, les deux parties sont dégagées l'une vis-à-vis de l'autre. On s'expliquerait également bien les textes qui disent que les seds doivent être restitués, textes relativement nombreux et tout à fait formels ; ces textes appartiendraient à la troisième période et auraient été composés à l'aide de documents provenant de la première. Enfin on s'expliquerait également les textes qui disent que une fois l'altrum terminé, le père aura encore à verser au père nourricier une

somme égale à celle fournie au début ; cela proviendrait simplement de la confusion fort naturelle entre rendre et recevoir une chose. Encore au point de vue du texte, ce système aurait l'avantage d'expliquer ce fait qui ressort nettement de tout le début du chapitre, que l'importance du iarrath ne dépend que de la nature de l'enfant élevé. Au point de vue linguistique, ce système est très favorisé. C'est le seul qui explique le mot rath ; c'est un bail relatif à un enfant, mais ce bail est bâti sur le type du bail d'animaux. Enfin *a priori* c'est le système le plus vraisemblable. Si le chef donne à bail ses animaux, c'est pour ne pas avoir l'embarras de s'en occuper. Il donnera par exemple une vache prête à vêler, cette vache met bas un veau que le preneur rendra au bout de l'an. Supposons maintenant qu'il donne une vache vêlée depuis peu, il donnera en même temps à élever un jeune animal encore improductif, cela reviendra à peu près au même. Mais supposons maintenant que le chef trouve que c'est de l'embarras d'élever des enfants, il fera pour son fils la même chose que pour sa génisse. Il donnera à un preneur un certain nombre de bêtes de rapport dont le preneur profitera seul, et en même temps le jeune enfant à élever. Mais une fois l'enfant devenu grand, il n'y a aucune raison pour que le preneur garde les animaux de rapport. En d'autres termes, l'élevage de l'enfant c'est l'intérêt.

LE PAYS DE GALLES

En tant que pays celtique les Galles offrent un intérêt particulier pour nous Français. En ce qui concerne spécialement nos contrats on peut trouver dans les textes gallois un certain nombre de données ; mais nous nous empressons d'ajouter qu'en cette matière le droit gallois est bien loin d'offrir l'importance, il est vrai exceptionnelle de l'ancien droit irlandais.

Nous renvoyons le lecteur à Dareste : *Nouvelles études d'histoire du droit*, pages 358 et suivantes pour ce qui touche le droit gallois en général, et disons seulement ici que les anciennes lois galloises sont rassemblées dans un ouvrage publié par Owen sous le titre : *Ancient laws of Wales*, et dont voici les grandes divisions que nous donnons pour la clarté des citations qui suivront.

Pages 1 à 164 : Code vénédotien

Pages 164 à 303 : Code dimétien

Pages 303 à 389 : Code gwentien

Pages 389 à 771 : Anomalous laws

Pages 771 à 808 : Leges wallicæ

Pages 808 à 854 : Leges Howelli boni

Pages 854 à 863 : Leges Howelli boni

Pages 863 à 871 : Statuta de Rothelañ.

Bien que notre sujet ait été déjà traité par Walter : *Das alte Wales*, page 432 et bien que ce qu'en dise cet auteur soit exact, nous reprendrons complètement la question, car nous avons beaucoup à ajouter. Au reste ce que dit Walter sur ce point, bien qu'exact est fort peu explicite et, chose curieuse, bien que très clair est sujet à prêter aux pires confusions.

Voici, si on veut, les principes : La chose louée ou prêtée doit être rendue en bon état. Mais si la chose louée périt par cas fortuit le locataire n'en est pas responsable. Dans le cas de dépôt le dépositaire doit rendre, néanmoins dans le cas où des choses appartenant au dépositaire ont été volées en même temps que les choses déposées ou dans le cas d'effraction le dépositaire se trouve libéré.

Les textes, on nous pardonnera de citer les principaux, sont les suivants : 237. 1 (1) (of a deposit.

1. Nous adoptons la notation généralement admise ; le premier nombre représente la page de la collection des *Ancient laws of Wales* d'Owen ; le second représente un numéro d'article ou de paragraphe. Nous ajouterons que nous donnerons toujours la traduction d'Owen comme l'expression du texte gallois.

Chapitre X c. Dimétien). If a guardian lose a deposit, without losing any of his own property, he is to pay the whole loss him self by law : the book of Cynog says that it is easier to credit him, if his own property be stolen along with the other, and the breach in the house be seen ; he is, however, to swear, conjointly with the men of the house, to his being clear as to that property ; if the earth, however, be excavated under the house ; after showing, in law, that he is clear, the king owns the earth and the guardiam is not to be answerable for it ». L'article suivant dit qu'en cas de perte de quelque chose du dépôt le gardien doit jurer avec une personne dont la valeur soit très rapprochée de la sienne propre (conjointly with one person nearest to himself in worth).

Dans les « *leges Howelli boni*, » nous trouvons deux articles qui mis bout à bout formeraient la traduction presque complète de ce premier passage. 845. « *De furto. — 2. — Omni custodi de apud se deposito credendum est, si res proprias cum deposito amiserit ; sin autem, depositum reddere tenetur, nec est ei credendum.* »

Et quelques pages plus loin, page 851, chapitre XVII, *De variis rebus*, 3. « *Si depositarius depositum amiserit, rem perditam totaliter reddet. Liber Kuauc dicit, quod si fur domum foderit, et ex ea aliquid abstulerit, custode clavem habente, custos*

nichil restituet ; juret tamen cum omni sua familia. »

Si on considère attentivement l'ensemble de ces trois dispositions on voit que les cas pouvant relever le gardien de sa responsabilité sont au nombre de deux totalement différents l'un de l'autre et ne présentant pas de trait d'union. A notre avis les deux règles sont probablement d'origine différente ainsi que du reste tendrait à le montrer, le fait de la répartition dans deux chapitres différents des lois d'Howell, et probablement aussi c'est la première règle qu'il doit être considérée comme la plus ancienne. Dans tous les cas on remarquera que la responsabilité du gardien est très lourde, et qu'à part deux cas spécialement déterminés il doit rendre à tout événement.

Un autre passage, 602. 12, dit que le gardien est responsable de ce qui s'est perdu par négligence. C'est l'aboutissement logique de l'évolution, mais que ce soit la règle la plus récente c'est ce que montre d'abord la généralité du terme : négligence, surtout quand on la compare avec les deux règles posées ci-dessus ; c'est ce que montre également par comparaison l'article suivant c'est-à-dire 602. 13 (1), que

1. « In a book called *The Lives of the Fathers*, it is shown in writing that a monk accepted a deposit to keep ; and after he died, the angel would not permit his soul to be received into the repose of souls, until he restored the deposit ; and, therefore the soul was returned into the body, to restore the deposit. When so much as that was required from the dead in respect to a deposit, it is right to require great things from the living. »

sa naïveté montre ne pouvoir appartenir à une époque fort ancienne.

Un contrat assez curieux nous est indiqué dans quelques passages, il s'agit de la garde salariée d'animaux à protéger contre les voleurs, ainsi par exemple 345. 33 et 34. — Celui qui garantit une vache ou un bœuf contre les voleurs. (Whoever shall protect... against thieves) a droit à quatre deniers légaux, et proportionnellement à la même rémunération pour un cheval. On retrouve la même règle aux *leges Wallicæ* page 805. « De lege equorum » 33 (1). Cette convention n'est pas sans soulever des questions embarrassantes ; certains détails sur lesquels nous reviendrons plus loin montrent qu'elle est ancienne, et était en usage à l'époque où le dépositaire n'était relevé de sa responsabilité que dans les deux cas déterminés examinés plus haut. Or d'un autre côté il semble que ce contrat n'est autre chose qu'un contrat de dépôt. Mais alors se pose le problème suivant : Qui va supporter les risques ? Dans le cas de contrat de garde ordinaire, le gardien ne peut se relever de sa responsabilité que dans deux cas de vol spécialement déterminés. Ici le gardien garantit le propriétaire contre le vol ; cela signifie à mon avis qu'il en assume la responsabilité, mais si l'animal meurt ? Le

1. On la retrouve également 280.26. Il y a entre 280.26 et 34.534 une petite différence que nous négligeons volontairement pour le moment.

traité ne nous donne à ce sujet aucun renseignement.

Cependant un autre passage semble indiquer qu'il s'agit d'un autre contrat. C'est à la page 822, cap. XI. De mercede furem dictantis (art. 5): « Quicumque solverit equum a latronibus in una provincia cum possessore, jure debet habere IIII denarios de unaquaque vacca quas valebit equus: similiter de vacca et bove, quicumque eos liberaverit in eadem provincia cum possessore IIII denarios habebit, si in alia VIII. »

La distinction entre le cas où le propriétaire habite ou non la même contrée, avec la différence de tarif se retrouve chez 345.34 (en gallois); mais n'existe pas 280.26 (gallois), ni 805 D. l. equorum 33.

Quiqu'il en soit le texte de la page 822 est plus explicite que les autres et nous indique qu'il s'agit là d'un contrat d'assurance contre le vol passé entre deux particuliers, sans qu'il y ait lieu de supposer un contrat de prêt ou dépôt. Ce contrat existe également chez d'autres peuples; Kovalevsky l'a décrit en Ossétie, page 148 de la traduction française, mais il ne rentre pas dans le cadre de notre étude et nous n'avons pas à nous en préoccuper. Néanmoins il n'est pas possible de ne pas remarquer qu'il est singulier que cette explication ne se retrouve pas dans les autres textes parallèles, et surtout que ce contrat soit placé dans le voisinage immédiat du contrat de

prêt, (commodatum). Il est bien possible que ce contrat qui nous apparaît à titre principal ne fût d'abord qu'une clause accessoire d'un contrat de dépôt, où c'est du reste là que son application était la plus simple et la plus naturelle. Dans tous les cas dans les premiers temps du contrat d'assurance contre le vol, les deux conventions ont pu, et même ont dû tout au moins coexister fort souvent, et les questions que nous nous posions au commencement de ce paragraphe (responsabilité du dépositaire en cas de mort de l'animal par exemple) reprennent tout leur intérêt.

En ce qui concerne le louage l'ensemble des textes est d'accord pour nous dire que si l'animal loué meurt par cas fortuit la perte en est pour le propriétaire.

Ces textes sont 438.15.-130.24.

Notons toutefois que 130.24 impose l'obligation de payer quand même le loyer. Nous relèverons que cependant certains textes semblent dire le contraire et notamment 694.5. « Property which can be reclaimed is loan, deposit, and borrowing ; for they are conveniencies. For a loan is to be returned whole, sound in limbs if it be an animal ; if an ox so as to be able to step over the threshold... »

Comme l'avait déjà très bien dit Walter : *das alte Wales* (p. 432, note), le mot loan n'est pas juste : le texte porte en effet llog, ac adneu, a benffyc, et

si adneu veut bien dire dépôt et benffyc prêt gratuit, commodat, log se rencontre partout ailleurs dans les textes (sauf à la page 510, chapitre X où il semble bien avoir le sens d'intérêt) avec le sens de louage (1).

Le texte impose au locataire l'obligation de rendre l'animal sain et en bon état, le bon sens ajouterait, semble-t-il, et à plus forte raison, vivant. Or la loi ne fait pas de distinction entre le cas fortuit et la négligence, fait remarquable d'abord en lui-même et qui l'est encore plus si on compare ces mots avec ceux qui viennent ensuite, qui sont relatifs au dépôt et qui disent très bien pour le dépositaire que si la chose a été volée « by borrowing the earth », le gardien sera relevé de sa responsabilité. D'où il faut conclure à mon avis que notre texte quelle qu'ait été l'opinion du rédacteur de l'article que nous étudions en ce moment a été tiré d'un autre texte plus ancien où le locataire supportait complètement le casus.

En ce qui concerne le commodat, le prêt gratuit, le benffic, la règle est plus simple. A l'époque de la rédaction de nos textes c'est l'emprunteur qui supporte le risque. C'est à tort que Kovalevsky, *op. cit.*,

1. Nous n'avons pas à donner ici notre avis sur la parenté qu'il peut y avoir ou non entre gallois : « log » ou « loc » et latin « locare ». Benffyc par contre semble bien venir de *beneficium*.

p. 132, dit le contraire. Qu'on en juge d'après les textes.

694. 5 «... every thing borrowed is to return as it came, and therefore, nothing is to be borrowed that wears in use, and become thereby deteriorated ». (Nous mettons le lecteur en garde contre la fin de la phrase.)

794. 37 «... mutuum autem accomodatum semper reddatur. »

845. « De furto. 6... mutuum et accomodatum semper reddatur et hoc de jure. »

354.6. The law of borrowing is to return the thing in the state when given.

Les textes nous semblent on ne peut plus nets et d'ailleurs est-il besoin d'ajouter qu'il serait singulier que nous trouvions plusieurs textes qui relèvent le locataire de sa responsabilité dans l'hypothèse du cas fortuit, tandis qu'on en chercherait vainement un seul semblable relativement au commodataire, l'in-vraisemblance serait même encore plus forte de ce fait que le Gallois n'a qu'un seul mot : *benffic* pour désigner à la fois le commodat et le mutuum (sans intérêts.)

Nous n'avons envisagé jusqu'ici que la perte totale. En ce qui touche la simple détérioration, la blessure non suivie de mort, le droit gallois ne s'attarde pas aux distinctions tirées de l'existence ou de l'absence de négligence. Pour le commodat la ques-

tion se trouve réglée dans les passages suivants : 130.20, 21 et 22, 281.28, 345.35, 805.35 et 36, 834.7 qui édictent un tarif variable suivant la détérioration de l'animal. Il faut y joindre les articles, cités plus haut 694.5 et 354.6 qui s'appliquent, à mon avis, à la fois à la perte totale et à la perte partielle. Pour le louage, chose singulière, les textes mettent la perte dans ce cas à la charge du locataire. Par exemple 130.26. « If a horse become lame, while on hire, or shall be otherwise hurt by accident ; let a horse equal to him be given in his stead, until he recover, and if he do not recover, let that remain. If he recover, let him take back his property. » Cette règle est d'autant plus remarquable qu'elle vient immédiatement après une autre, 130.24, qui disait que si le cheval meurt entre les mains du locataire « nothing is required (du locataire) but his own oath that he treated him as well as if he had been his own. » En outre nous avons toujours notre texte de 694.5 qui s'applique aussi bien à la perte partielle qu'à la perte totale. En ce qui concerne la responsabilité du locataire en général l'évolution du droit gallois nous apparaît donc comme incomplète, ce qui atteste qu'à une époque un peu plus ancienne cette responsabilité était entière comme celle du commodataire.

Mentionnons encore, ce dont nous pourrions il est vrai, nous dispenser, que dans ces contrats le fait de

nier le dépôt ou le prêt fait croître la dette au double (1).

Que dit maintenant le droit gallois en ce qui touche l'intérêt ? Dans Walter (*loc. cit.*) on ne trouve rien. Voici ce que nous relevons dans les textes page 864. « De turnis vicecomitis faciend. » Au milieu d'une liste d'auteurs de délits qu'il faut punir, on voit : les *usurarii*. Ici évidemment ce mot ne signifie pas ceux qui prêtent au delà d'un certain taux, mais tout simplement ceux qui prêtent à intérêts, c'est-à-dire que le prêt à intérêts est prohibé. Ce passage se trouve, comme on peut s'en rendre compte, en consultant le tableau placé en tête de ce chapitre, aux Statuta de Rothelañ. *A priori* on peut affirmer qu'une telle disposition doit être due à l'influence ecclésiastique. En ce sens il nous faut peut-être noter la fin de 694.5. « Every thing borrowed is to return as it came, and therefore nothing is to borrowed that wears in use, and becomes thereby deteriorated. » Il ne faut rien prêter qui se détériore à l'usage. Cette singulière disposition est tout à fait isolée et sa fausseté ne saurait faire le moindre doute ; mais ce n'est pas ce qui nous préoccupe, ce qui nous intéresse c'est de connaître

1. N'ayant pas étudié cette question chez nombre de peuples, nous n'insisterons pas ici : Cette question de la croissance au double, intéressante du reste, présente d'ailleurs des difficultés qui n'apparaissent pas au premier abord. A l'heure actuelle elle est entièrement vierge, nous ne voudrions pas la déflorer par des hypothèses hâtives.

l'idée de celui qui a rédigé ce passage. Qu'il soit relativement récent, c'est, à mon avis, presque certain. L'auteur a-t-il voulu dire que le benffic gallois devait être rapproché du latin : *commodatum*, et par suite séparé du *mutuum*, comme l'auteur de 845. De furto. 6 a cru nécessaire de dire *mutuum et accomodatum semper reddatur*, c'est-à-dire de faire la distinction des deux contrats, ce n'est pas impossible. Il n'est pas impossible non plus de penser qu'il y ait là une règle maladroitement rédigée destinée à empêcher de percevoir un intérêt d'une manière détournée. Un texte semble cependant autoriser la perception de l'intérêt, c'est le 510. Chapitre X intitulé « Thus interest is to be treated », paragraphe 1. Voici ce que dit notre article : « The property is to be forthcoming. when the appointed time arrives, with the interest, according to the contract... » Le mot traduit : *interest* est en gallois *loc*. Ce mot partout ailleurs signifie louage, contrat ou objet. On peut se demander s'il signifie bien ici intérêt, s'il ne signifierait pas plutôt loyer ; nous n'avons pas entre les mains les instruments nécessaires pour résoudre la question, mais *a priori* nous penchons vers cette dernière opinion. Le mot *da*, en effet « *dyvot y da pan del yoet drache-fin ar lloc val y gwnel y amot val yddatvero* » est toujours traduit : *property*, et est susceptible de s'appliquer à une chose quelconque. Il est donc vraisemblable que dans ce passage *loc* doit signifier :

loyer. En fait de texte positif, il ne nous reste donc que l'indication contenue dans les Statuta de Rothelan, d'après laquelle le prêt à intérêts est prohibé.

Mais quel était sur ce point le régime primitif en Galles ? c'est ce qu'une étude critique des textes va nous montrer aisément. Un premier point sur lequel il convient d'insister fortement c'est la présence en Galles d'une féodalité foncière, très puissamment organisée. La terre est au premier plan et domine tout, le rôle du bétail est secondaire. Un second point, c'est la présence de la monnaie métallique frappée, les tarifs qui sont nombreux nous donnent des indications en : ceiniog = denarii = pence. Il y en a même de plusieurs sortes, mais la principale est le ceiniog kyfreith que les lois latines galloises traduisent : denarii legales ; le bétail ne sert plus en tant que monnaie.

D'après d'Arbois de Jubainville (1), le droit gallois aurait été primitivement très rapproché du droit irlandais ; il aurait ensuite subi l'influence romaine ; enfin on pourrait y trouver des traces d'une végétation postérieure néo-celtique. Nous n'avons nullement l'intention de critiquer cette opinion ; car ce n'est chez d'Arbois de Jubainville qu'une simple impression. Pour nous voici notre avis (2) : La parenté

1. Dr. celtique, 2, X.

2. En ce qui concerne le domaine de nos contrats.

avec le droit irlandais a été au début et pendant longtemps extrêmement grande, sinon presque complète. L'influence romaine est au contraire nulle. Par contre il y a eu de grandes modifications au droit primitif qui ont été causées par le changement dans la manière de vivre, je veux dire par la substitution d'une vie essentiellement agricole à une vie essentiellement pastorale. De plus l'influence ecclésiastique, qui a déformé à la fois il est vrai le droit irlandais et le droit gallois, semble avoir plus agi sur ce dernier et d'une manière un peu différente.

Il nous faut maintenant faire la démonstration de ces affirmations.

D'abord si ce que nous avons dit est vrai, il doit rester des vestiges de la monnaie en bétail. Un premier exemple très intéressant nous est donné à propos du contrat de garantie contre le vol qui comme nous l'avons vu se retrouve sous quatre aspects : 345. 33 et 34. — 280. 26. — 805. De lege equarum 33. — 822. XI. 5. — Voici le 345. 34 (les autres sont semblables) : « Whoever shall protect a horse against thieves in the same country with its owner, has four legal pence, for every cow the horse may be worth, from the owner of the horse. — Ici la vache est donc prise comme unité de valeur. De même certains autres passages attestent que la vache servait primitivement de monnaie. Ainsi par exemple. 780. XXVI De familia regis. 2. » Familia regis in eo

quod familiaris est. IV vaccas et IV untias argenti habebit in suo sayrhaed. » De même 825. XXII. De dignitate Penkenedyl. 6 nous dit : « Precium nobilis qui dici tur Kanhwynaul, id est, qui omino sit Walensis LX tres vacce cum tribus elevationibus : sarhaet ejus est III vacce et tres uncie argenti. » Ces derniers textes nous montrent clairement l'existence de la vache comme monnaie, à côté de l'argent. Il est à noter que les quantités d'onces d'argent indiquées sont égales au nombre de vaches. Peut-être y avait-il égalité de valeur entre la vache et l'once d'argent. Il devait dans tous les cas y avoir un rapport simple, ce qui confirme la démonstration que la monnaie vache existait avant la monnaie argent. Voilà déjà un premier point de ressemblance intéressant entre le droit gallois primitif et le droit irlandais.

Un second point est relatif au taux de l'intérêt. En Irlande, comme nous le savons, l'intérêt était de 33 o/o. En Galles nous ne savons pas directement ce qu'il pouvait être primitivement, nous devons donc chercher à le savoir d'une manière détournée.

On appelle teithi en Galles les qualités d'un animal, et même pourrait-on dire les qualités essentielles. Il est à maintes reprises question des teithi ; mais les indications sont contradictoires ; principalement sur le point de savoir quel est le rapport des teithi à la valeur de l'animal. Si on considère la question a

priori on est amené à dire que l'absence d'une qualité essentielle chez un animal enlève à cet animal toute sa valeur ; par exemple un cheval se casse la jambe, ce cheval perd toute valeur. Cependant on peut remarquer que l'animal mort peut encore avoir une certaine valeur en raison de sa viande. Il en est notamment ainsi pour la vache ; et il n'est pas douteux, pourrait-on dire dans une première théorie, que la vache est pour ainsi dire le seul animal dont les lois galloises primitives devaient s'occuper au point de vue du bail d'animaux. Dès lors les teithi qui sont les qualités essentielles et par suite représentent le prix de la vie, c'est-à-dire la différence entre la valeur de l'animal vivant et celle de la viande et de la peau, ont du être calculés d'abord sur la vache. Or on peut, comme nous le verrons plus loin, en se basant sur les textes considérer les teithi comme le tiers de la valeur de l'animal vivant. Il n'est du reste nullement invraisemblable que la différence de valeur d'une vache vivante et de celle des produits qu'on pourra en retirer après sa mort soit égale au tiers de la première de ces deux valeurs. Telle peut être une première théorie. Elle est fort séduisante, et on ne peut pas démontrer qu'elle soit fausse. Cependant je suis porté à ne la croire vraie que pour partie ; c'est-à-dire qu'à mon avis il y a eu d'autres influences dans la théorie des teithi. En effet cette manière de voir fait peut-être un peu trop bon

marché d'un assez grand nombre de textes qui considèrent l'absence de teithi comme donnant lieu non pas à une indemnité unique, mais à une prestation annuelle, et d'autre part d'un certain nombre de textes qui disent explicitement que les teithi sont égaux à la valeur de la chose.

A ces deux objections notamment à celle touchant la périodicité que l'on trouve dans un assez grand nombre de passages, il est assez difficile de répondre. Pourquoi et comment a-t-on eu l'idée de passer pour les teithi d'une indemnité payée en une fois à une indemnité périodique, si ce n'est en prenant pour modèle un contrat où l'on rencontrait cette périodicité, si ce n'est en imitant le bail de vaches ?

Il serait maintenant grand temps d'indiquer les textes, car autrement la discussion ne serait pas sérieuse.

Premier groupe. — Indemnité de $\frac{1}{3}$ payé une fois : 280.24. — Whoever shall sell a restive horse, let him return the third of its worth to the buyer.

834. — Leges Wallicæ, livre II, chapitre XXX. De precio eque 4, même règle.

278.18. — Si un bœuf n'a pas ses teithi, le vendeur doit rendre le tiers de la valeur à l'acheteur.

282.10. — En parlant des teithi d'une truie, dit qu'elle ne doit pas manger ses petits ; and if they

devour them, let the third of their worth be restored, and the swine are not to be returned...

282.3 (of cats). — The teithi of a cat, and of every animal upon the milk of which people do not feed, is the third of its worth or the worth of its litter.

136.6. — The teithi of every unclean animal are one third of its worth, because its milk is useless.

Des textes présentés jusqu'ici il semble que le lait joue une grande importance. Nous reviendrons plus loin sur ce point. Notons pour le moment que 346.12 fixe les teithi d'une vache à 16 pence à un moment où il considère la valeur comme étant de 48.

Deuxième groupe. — Teithi égaux à la valeur, paiement une fois. 349. XII. 5. Pour la brebis. — 281 (of sheep) 4. Pour la brebis.

349. XIII. 5. — Pour la chèvre 281, (of goats) 4. Pour la chèvre.

347. 19. — By three ways the teithi of a full grown cow are paid; to wit, by thirty of silver, or a fair dry cow, or by meal.

Troisième groupe. — Teithi égaux à $1/2$ de la valeur avec paiement une seule fois.

A l'époque de la rédaction actuelle de nos textes c'est une décision fréquente pour la vache.

D'abord 136. 5 The teithi of every clean animal in the world are half its worth.

446. 64. —... the law says... half the worth of

every clean animal is its teithi, and the calf and the milk are part of her teithi.

Quatrième groupe. — Teithi égaux à la moitié de la valeur ou à la valeur entière avec paiement annuel.

132. 9. If the cow be always bulling, thirty pence every year while the cow lives in his possession is to be paid.

833. De vitulo 19. Juvenca si fuerit ryderic (semper tauripetens) venditor ejus debet reddere pro teithi singulis annis XXX denarios, quam diu in egritudine illa permanserit.

Cinquième groupe. — Indemnité annuelle avec application d'un autre taux. Un certain nombre de textes (p. 833. De vitulo 18, p. 804. De lege bovum. 14 ; p. 132. 85 p. 346. 18 ; p. 278. 14) nous disent que si la vache a un teth improductif, il y a lieu à indemnité annuelle de 4 pence. (Le mot teth signifie pis, trayon).

Tel est l'ensemble incohérent et bizarre des textes que l'on trouve sur cette matière ; nous n'en avons jusqu'ici rien tiré d'intéressant. Pour cela il faut en outre avoir recours à l'étude de la valeur ainsi qu'à celle de quelques textes particuliers. Si on considère les textes qui nous donnent des indications sur la valeur de la vache, on n'est pas long à remarquer qu'un certain nombre de textes, peut-être même la majorité, la fixent à 60 pence, un assez grand nom-

bre à 30, et enfin on peut en trouver comme 278. 15 qui la fixent à 40. C'est, semble-t-il, la même obscurité et incohérence que pour les teithi ; cependant la situation du critique juridique se trouve meilleure vis-à-vis de ces derniers textes. En effet, prenons un des textes fixant la valenr à 60 comme par exemple les *leges Wallicæ* page 803 ; si nous examinons l'ascension de la valeur de l'animal en fonction de l'âge, nous voyons qu'à un an cette valeur est de 10 pence, à deux ans de presque 20 pence, à trois ans de 30 pence et à quatre ans de 60 pence, étant donné l'absurdité de cette progression et le fait que l'harmonie de la progression est rompue entre trois et quatre ans ; il en résulte que le chiffre de 60 pence est surajouté, et que le chiffre primitif de la valeur était de 30 pence ; il est à remarquer que ce chiffre de 30 pence explique également celui de 40. Le rédacteur a eu la pensée qu'à trois ans la valeur de la vache n'était pas complète ; dans ces conditions il a arrêté celle-ci à l'âge de quatre ans, et à raison d'une augmentation régulière de 10 pence par an, on a 40 pence pour quatre ans. Quant au chiffre de 60 pence il s'explique par cette considération de l'augmentation universelle et progressive du prix des choses.

Mais alors étant donné que 30 pence étaient la valeur primitive de la vache, ce chiffre de 30 pence prend une importance considérable que n'a pas celui de 60 pence, notamment au point de vue de la fixation

du chiffre des teithi. Or qu'on le remarque bien, on trouve fréquemment le chiffre de 30 pence indiqué comme étant celui des teithi d'une vache, et même je n'ai pas trouvé d'autres chiffres exprimant la valeur des teithi en pence. Il en résulte que ce chiffre de 30 pence indiqué pour les teithi était d'abord égal aussi à la valeur de l'animal. Cette constatation explique d'abord les textes qui fixent les teithi à une somme égale à la valeur ; elle explique également ceux qui le fixent à la moitié, comme nous l'avons dit plus haut ceux-ci sont tous relatifs à la vache, ou du moins la règle n'est appliquée expressément qu'à la vache ; la valeur avait doublé ; mais pour une cause ou une autre les teithi n'ont pas changé et même une preuve que le chiffre des teithi n'a pas bougé, c'est qu'on trouve les chiffres de 30 et de 60 pence pour la valeur de la vache, tandis qu'on ne trouve que celui de 30 et non de 15 pour les teithi.

A peu près tous les textes, sinon tous, fixent la valeur du jeune veau à 6 pence. Ce chiffre par lui-même ne signifie pas grand chose, attendu qu'il ne s'agit pas de la valeur d'un veau à sa naissance, ni à un âge bien déterminé. Voici un exemple qui montrera la manière dont ce chiffre est ordinairement employé. « 277. 17. The teithi of a cow are evalued at thirty pence ; for her milk 24 and 6 for the calf. » Retenons donc ce chiffre de 6 pence pour le veau, et reve-

nous maintenant sur des passages que nous avons indiqués déjà sommairement. Nous avons vu que la valeur du teth d'une vache était de 4 pence par an. Qu'est-ce au juste que le teth ? Voici ce que l'on trouve dans les textes, page 804. De lege bovum 14. Precium mamme vacce est, id est teth... D'autre part (p. 833 de vitulo 16) : Precium teth (mamille) vacce IIII denarii legales. — id. 18. Si qui vaccam reddat et una teth ei desit... Dans le premier cas le rédacteur du texte a interprété le mot teth comme signifiant le pis entier ; dans le second comme étant seulement un trayon. Dans les trois passages rédigés en gallois il ne semble pas possible de donner sur ce point une solution nette. Il n'y a aucun doute qu'une des deux rédactions soit dans l'erreur ; mais laquelle ? Mon avis bien décidé c'est que dans le texte primitif de toutes les versions que nous venons de présenter le mot teth signifiait la mamelle entière. D'abord il peut se faire que la vache quoique ne donnant du lait que par trois trayons au lieu de quatre, donne néanmoins une quantité de lait convenable et dans ce cas on ne voit pas de quoi se plaindrait l'acheteur.

En second lieu le nombre de 4 pence pour un trayon ferait vraisemblablement 16 pour les quatre trayons ; on chercherait vainement un rapport simple entre 16 et les autres chiffres indiqués. Enfin, s'il était réellement question de trayons les textes envisageraient non seulement le cas où un trayon est improductif, mais celui où il en est ainsi pour

deux ou plusieurs. Teth doit donc être pris dans le sens de pis entier. Dans ces conditions il est naturel qu'on n'envisage pas le cas où deux viendraient à manquer, ce serait une absurdité. Il est aussi à remarquer qu'on arrive alors à un rapport simple extrêmement curieux et du plus haut intérêt. Si on ajoute à ce chiffre de 4 celui de 6 représentant la valeur du veau on obtient 10. Il est légitime de le faire ; car 6, valeur du veau, est par sa nature même une valeur annuelle ; quant au chiffre de 4, les textes nous disent tous expressément qu'il s'agit là également d'une quantité annuelle. Nous aboutissons donc à une quantité annuelle de 10. Il faut remarquer alors que le veau et le pis, ce sont les qualités de la vache, les teithi envisagés au point de vue de leur valeur annuelle tandis qu'envisagés en bloc avec paiement en une fois ils sont de 30. Quant au rapport de 10 à 30 il saute aux yeux. Sous une autre forme on peut dire un capital de 30 est considéré comme équivalent à une rente de 10 ; autrement dit encore l'intérêt en Galles était primitivement de 33 o/o, comme il l'était en Irlande.

La question du rapport de la valeur de la viande à celle de l'animal vivant menant également à l'adoption d'un tiers comme représentant la valeur de la vie, il en est résulté des combinaisons variées des deux questions qui ont abouti à l'étrange amalgame devant lequel nous nous trouvions.

Maintenant il nous faut bien convenir qu'étant donné la généralité de ce taux de 33 o/o dans les sociétés aryennes primitives, la constatation de l'existence d'un semblable taux dans les Galles primitives n'a pas au point de vue de la ressemblance avec l'ancienne Irlande un caractère d'importance de premier ordre. Plus caractéristiques sont les obligations accessoires des tenanciers. Voici un passage par exemple. 448.79 : « Whoever shall hold land and soil for a year and a day, with military service, and tourn, and tax and every thing incident, to it... » Ne le croirait-on pas emprunté à quelque texte irlandais ?

Le délai d'un prêt ou d'une tenure est en général d'un an (plus un jour) ; à citer d'abord le passage précédent, à citer aussi 354.5 « A period of a year and a day is allowed for gold ; books ; hauberks ; and golden vessels ; when they shall be pledged. »

Cependant il est un délai qui bien que relatif à d'autres questions n'en est pas moins remarquable. C'est celui de sept ans. Nous trouvons ce délai indiqué d'abord à propos de la gale des animaux, dans un assez grand nombre de passages : 132.6. — 278.19. — 349. XII. 7. — D'après ces textes celui qui achète du bétail ne doit pas le loger dans une étable dans laquelle il y a eu la gale dans les sept dernières années. Ce délai de sept ans se retrouve encore au sujet de la restitution de la dot, (p. 39.9)... « And if they separate before the seventh year, let there be

paid, to her agweddi, her argyvreu, and her cowyll. » Il est visible que dans un cas comme dans l'autre ce délai de sept ans ne comporte pas en lui-même son explication. Or comme nous nous le rappelons nous avons trouvé ce délai indiqué dans la loi irlandaise d'abord au chapitre du saerrath dans le texte d'abord page 196 (ancient laws of Ireland, tome 2) auquel du reste nous avons donné un sens particulier : dans la glose ensuite page 198 : « Secht mbliadna. i. ar is ae fo ail. i. iubaile tsaorrata inn so. » Au Cain aigillne ensuite p. 268 : « Dilius cach turcreic... co cenn secht mbliadan... » Nous croyons que tout cela provient d'une règle identique, et naturellement relative au bail d'animaux. D'un autre côté à mon avis la plupart des textes gallois relatifs à la vente des animaux étaient à l'origine relatifs au bail de bestiaux.

Enfin comme rapprochement avec le droit irlandais nous citerons l'analogie frappante de certains mots relatifs au bail de vaches. C'est d'abord le mot daered dans Owen (Ancient laws Wales) au glossaire on lit : daered (daer) closing : — a term for revenue, apparently for the fixed dues payable to the lord. Ainsi donc daered est un terme employé pour désigner une rente. Il nous fait penser à l'irlandais daerrat qui désigne comme on le sait une tenure spéciale : la tenure daer. De l'idée de bail à celle de rente il n'y a qu'un fort petit pas et les deux mots ont une consonnance et une forme bien rap-

prochées. D'autre part nous trouvons en Galles le mot saraad = injuria, dit Owen au glossaire; en Galles on désigne sous le nom de saraad l'indemnité due pour blessures. Certains textes considèrent ce saraad nettement comme un avantage, par exemple 780. cap. XXVI. « De familia regis. 2. Familia regis in eo quod familiaris est IIII vaccas et IIII untias argenti habebit in suo sayrhaed. » Sarhaet, c'est le prix de l'honneur, dit d'Arbois de Jubainville. (Droit celtique, 1, p. 132.) Or ce mot est presque identique à l'irlandais saerrat, et il ne serait pas difficile de montrer comment on a pu passer d'une idée à l'autre.

En définitive et pour terminer nous concluons que selon toute vraisemblance en ce qui concerne nos contrats à une certaine époque antérieure aux textes que nous possédons les droits gallois et irlandais présentaient les plus grandes affinités et que l'influence romaine y a été complètement nulle (au moins jusqu'à l'époque des codes).

Maintenant, au moment où il fut prohibé par l'Eglise, l'intérêt était-il resté de 33 o/o, ce n'est pas certain. D'après un certain nombre de textes celui qui emprunte un cheval et qui s'en sert pour un parcours plus long que celui qui avait été convenu doit payer une indemnité égale à la moitié du profit tiré de l'animal (pendant le trajet effectué en trop). Faut-il en

conclure que l'intérêt était tombé de 33 o/o à 16 2/3 ? ce serait peut-être un peu hasardé.

Le délai de sept ans que nous avons rencontré à la fois en Galles et en Irlande, se trouve aussi en Bretagne. Si nous faisons le relevé des contrats de mortgage qu'il y a au cartulaire de Redon (ce sont tous des textes du 19^e siècle), nous obtenons les chiffres suivants :

1^o Délai de 7 ans ou multiples : 13.

2^o Délai de 3 ans et multiples : 1.

3^o Délai de 3 ou 4 ans : 1.

4^o Délai de 5 ans et multiples : 3.

5^o Délai de 6 ans et multiples : 1.

Dans le reste de la France ce délai de sept ans est au moins très rare. En ce qui me concerne je ne me rappelle l'avoir rencontré dans aucun cartulaire.

LES GAULOIS

Comme chacun le sait, nous n'avons aucune source directe de droit gaulois : M. d'Arbois de Jubainville a indiqué qu'il devait présenter une assez grande analogie avec l'ancien droit irlandais. A notre tour nous essaierons de voir si on ne peut encore obtenir des données nouvelles, et surtout vérifier les résultats de M. d'Arbois.

Nous commencerons par étudier l'étymologie de quelques mots français ; cet examen qui semble au premier abord s'écarter beaucoup de notre sujet peut en réalité nous fournir un certain nombre de renseignements sur le bail d'animaux.

C'est le mot *cheptel* qui arrêtera d'abord notre attention. Les étymologistes l'ont d'abord dérivé directement du latin « capitale » ; c'était entre autres l'opinion de Guy Coquille. Aujourd'hui on admet assez généralement que *cheptel* vient de *catallum*. Il faut remarquer alors que le *p* a été repris à *capitale* (1), (ce qui n'a d'ailleurs pas eu pour effet de

1. Comparer provençal *captal*, v. andorran *capsou*.

changer la prononciation). On peut en un certain sens comparer ce phénomène à un épisode d'une légende v. irlandaise. D'après cette légende Lugaid avait trois pères. On peut, si on veut, dire de même que cheptel a deux pères : l'un catallum, et l'autre capitale ; néanmoins au fond le second ne serait qu'un père d'aventure. Mais revenons à catallum. Ce mot s'écrit de plusieurs façons ; catallum, catale. Du Cange donne encore la forme cathelum. Les mots anglais cattle et chattel indiqueraient également une forme cattallum. Quand à son sens il n'est pas douteux ; c'est 1^o bétail, 2^o un contrat voisin du louage et du prêt, 3^o le capital de ce louage ou prêt. Mais d'où vient ce mot catallum ; c'est ici que la difficulté commence. Du Cange, suivi en cela par la grande majorité des philologues, pense que ce mot vient de capitale. Cette étymologie n'est pas très satisfaisante ; qu'on le remarque d'abord, le mot capitale n'est pas bon latin ; celui-ci emploie comme substantif le terme : caput. Il aurait donc fallu une première substitution de capitale à caput, et de catallum à capitale et cependant le mot catallum existe au plus tard au XI^e siècle (Du Cange, mot cattallum). D'un autre côté si on examine les textes en remontant la chronologie on s'aperçoit que les formes intermédiaires telles que par exemple captale deviennent de plus en plus rares ; au début il y avait deux formes tout à fait distinctes : capitale et

catallum (1). D'ailleurs encore quoique les sens soient voisins ils sont aussi parfaitement séparés. Capitale signifie primitivement capital ; catallum au contraire originairement avait le sens de bétail, et de bail d'animaux.

Un deuxième point qui paraît certain, c'est que l'origine n'est pas germanique. Nous ne connaissons pas de mots germaniques en kat qui ait l'un des trois sens indiqués ci-dessus. ni même ceux voisins de chef ou de manger. Dans ces conditions l'origine doit être celtique ; c'est-à-dire ici gauloise, car on ne saurait penser à une origine bretonne, le mot catallum étant apparu de très bonne heure et avec une aire de dispersion très étendue.

Comme nous ne connaissons pas le gaulois, nous devons recourir par comparaison à l'examen des autres langues celtiques que nous possédons. (Signalons toutefois qu'on a pu reconstituer certains mots gaulois, dont notamment le mot catu, ayant le sens de combat. N'insistons pas, il vaut mieux rester sur un terrain positif.)

En vieil irlandais nous trouvons le mot caithim =

1. Il n'y a pas lieu de faire grand état de ce que le mot capitale se trouve dans les lois anglo-saxonnes, dans la loi d'Ina par exemple qui vivait à la fin du VII^e siècle (voir sur ce point notamment la préface des Ancients laws of England de Thorpe, p. IV). Ces textes ont subi depuis leur naissance de nombreuses retouches ; de plus les lois en latin sont plus récentes.

manger, consumer, user, dépenser ; ici le sens primitif est sans conteste manger. Puis le mot cath = se battre. Cata = honneur ; idée de la plus étroite parenté avec celle de chef. Cathaig = la mort. Cathair = ville. (Nous empruntons les données précédentes au glossaire des Ancient laws. Celles qui suivent sont tirées du dictionnaire d'O'Reilly-O'Donovan : cathal = bravoure. Cadal = délai. Or cathal est exactement le mot catallum ; le sens étant différent, nous ne voulons pas trop insister, car nous avons encore d'autres données. A signaler que Cathal est souvent pris en Irlande comme nom de personne. Ainsi dans les Irish Texts de Stokes et Windisch, p. 351 à l'*Index of Persons* nous trouvons des références relatives à cinq individus différents de ce nom (l'un d'eux est indiqué dans d'Arbois de Jubainville. *Dr. celt.*, I, 314.)

En breton, nous rencontrons d'abord chatal qui signifie bétail ; il ne constitue pas par lui-même un témoignage suffisant, car ne viendrait-il pas lui-même du mot français catallum. Un point d'appui plus certain est fourni par d'autres mots : Kaouder = courage ; c'est le fait du chef, comme vieil irlandais cathal et cata. Kaot = bouillie de gruau et kaoter = marmite. Kaout = avoir (verbe et substantif) ; sans avoir besoin de recourir à l'idée générale qu'au moment où s'est formé ce mot le patrimoine se composait de bétail, nous pouvons invoquer d'une

manière tout à fait précise ce fait que dans la Très ancienne coutume de Bretagne les bestiaux sont appelés aveirs (1). Casec = jument.

En gallois nous relèverons particulièrement d'abord casec = jument, ceitwat = gardien (a term taken in an extensive sense, constate Owen au glossaire des Ancient laws of Wales), cadw = garder (c'est le bétail d'animaux), cadw = le troupeau.

Nous avons donc trouvé les sens de bétail et de bail, et surtout, ce qui vaut mieux nous avons trouvé les sens apparentés, montrant qu'il y a là toute une famille de mots celtiques parfaitement constituée.

Au reste en ce qui concerne les Gaulois nous rencontrons catal dans des noms propres : Catali, nom d'un peuple des Alpes (Pline), Catalauni, les Châlonnais (Châlons-sur-Marne) (Eutrope, Ammien Marcellin, c'est-à-dire au IV^e siècle) ; l'Itinéraire d'Antonin donne Durocatelauni ; « dur » en vieil irlandais veut dire hardi, puissant, probablement de même en gaulois. Aussi ne nous obstinerons-nous pas à à décomposer Catalauni en Catu-vellauni. Catalaunia (la Catalogne) ; à qui du reste son apparition tardive, — au moyen âge — ôte une grande partie de sa valeur.

Notre conclusion sera donc sans hésitation que le mot catallum est d'origine gauloise.

1. *Très ancienne coutume de Bretagne*, éd. Planiol, art. 183, 184, 309.

Cette constatation explique alors un mot qui jusqu'ici a paru un peu étrange, c'est le mot *gazaille* que l'on trouve employé dans les coutumes du Midi de la France pour désigner le cheptel. (Ainsi *Fors de Béarn* nos 50 et 236. Mazure et Hatoulet, p. 23 et 88). *Cout. de Toulouse*, édit. Tardif, n^o 149). *Gazaille* dérive aussi de *cathali*, la mutation de *th* en *z* n'a rien du tout de surprenant : quant à celle de *c* en *g*, c'est un phénomène qu'on peut démontrer avec certitude dans une bonne quinzaine d'exemples. Autant du reste il est simple de dériver *gasalhia* d'un gaulois *cathali* ; autant il serait peu admissible de le faire venir de *capitale*.

Ayant ainsi reconnu l'origine gauloise de *catallum* il nous convient d'ajouter qu'un certain nombre de mots voisins de *catallum* au point de vue morphologique le sont aussi au point de vue de la signification, et qu'il paraît difficile de leur donner une étymologie latine ou germanique satisfaisante. Comment se fait par exemple qu'un des sens du mot *catena* dans les textes du début du moyen âge soit celui de paiement de redevances annuelles ? De même le mot *cassa* sinon dans toutes au moins dans le plus grand nombre de ses acceptions est dans le même cas. *Cassa* signifie d'abord *venatio* ; sans doute on peut le rapprocher du latin *captare* ; mais *catu* en gaulois voulait dire combat et la liaison des idées est plus simple et meilleure, un autre sens de

cassa est celui de casserole, c'est-à-dire récipient pour faire cuire les aliments ; faire venir ce mot de latin capsa n'est réellement pas satisfaisant ; comparer par contre breton kaoter, enfin — ce qui est encore plus frappant c'est que l'un des sens est : réputation et ici il serait véritablement difficile de trouver un mot latin à en rapprocher, tandis que l'irlandais cata a exactement le même sens. De même il faudrait encore à mon avis donner une origine gauloise aux mots : acatare = acheter (v. normand purchase) ainsi qu'à l'anglais cater (pourvoir) à l'italien cattare (procurer). On trouve dans une charte de Cluny, tome I, p. 656, l'expression donare in catcione = donner en gage. Cette expression n'est pas relevée dans le Du Cange. Comparer encore hollandais kathalzen = se donner de la peine inutilement.

Le mot cabal qui signifie cheptel dans la coutume de Bergerac, paraît également d'origine gauloise. L'existence d'un mot cabal en gaulois est aujourd'hui admise en général (V. Ernault. Glossaire moyen breton à l'index des mots gaulois), et ce mot gaulois cabal avait vraisemblablement la signification de bétail, tête de bétail. C'est lui selon toute apparence qui a donné naissance au latin caballus (1), ce dernier mot n'étant sûrement pas latin et καβαλλῆς étant

1. En sens contraire, Whitley Stokes dans Fick. *Vergleichendes Wærterbuch*.

un grec douloux ; d'ailleurs καβαλλης s'il avait été latinisé aurait dû donner caballes, caballis et celui-ci ne se rencontre nulle part. A cabal se rattache directement : cabana qui signifie troupeau (1). Cabal vient-il de cathal par une labialisation comparable à celle qu'on observe quelquefois dans les langues celtiques (par exemple irlandais marb, tandis que dans les autres familles de langues indo-européennes on trouve un *t*. De même enep en vieux breton correspondant à vieil irlandais enech. De même en gallois le nombre quatre qui se dit petwor) ? Nous n'avons pas à le rechercher ici.

Ce que nous voulons montrer, c'est que les termes principaux employés pour désigner le contrat de cheptel sont d'origine gauloise, le surplus ne nous importe pas.

Toutefois nous voudrions nous occuper encore de l'étymologie du mot bail. Un premier point qui paraît évident, c'est que bail, bailler, baillir sont trois mots aussi étroitement apparentés que possible. Dans les textes des ^x^e et ^{xii}^e siècles, bail, baillie, a déjà le sens que nous avons pris dans notre titre ; et en outre bailler signifie déjà non seulement livrer avec obligation de rendre, mais donner tout simplement ; d'autre part il a aussi le sens de garder, c'est-à-dire

1. Pour les références et les documents v. Du Cange aux mots correspondants.

tenir à bail, c'est du reste surtout sous la forme baillir. Ces points n'étant pas discutés, nous n'insistons pas. D'autre part il est également certain que les auteurs du début du moyen âge, et même encore davantage ceux de l'époque franque considèrent ce mot comme venu du latin *bajulare* et traduisent couramment baillir par *bajulare*. Cette étymologie est-elle exacte, telle est en réalité la question qui se pose. *Bajulus* en latin voulait dire portefaix, *bajulare* porter dans ses bras ou sur son dos. La distance entre les deux genres d'idées est très grande et ce qui rend cette étymologie invraisemblable, c'est que baillir ne paraît pas avoir jamais eu le sens de porter des fardeaux. Notons toutefois que certains textes anciens, par exemple Girbert de Metz, emploient le mot baillir dans le sens de porter, notamment baillier des armes v. 2583, 1553, 2820. Au v. 1346 on lit : Ecu ne lance ne nos verrez baillier. Mais ce n'est pas porter un fardeau comme un portefaix, et même dans ces exemples bailler semble plutôt provenir de l'idée de posséder, que celle-ci dérive ici de l'idée de garder ; c'est ce que nous montre, semble-t-il, le vers suivant tiré de la chanson de Roland v. 2349.

Il n'en est dreiz que païen te baillisent (une épée).

Sans doute on peut objecter encore que le mot tenir a pris le sens de garder, tenir à bail ; mais tenir

n'a jamais perdu son sens originaire qu'il avait en latin. Dans ces conditions l'étymologie latine ne présentant rien de nature à nous satisfaire ne doit être admise que s'il est impossible d'en trouver une autre.

Les mêmes questions se reposant pour l'examen du mot *catallum* il y a lieu de faire des recherches du côté des langues germaniques. Nous éliminerons d'abord les mots qui tout en présentant le cadre *b-l* ont pour remplir le vide les voyelles *o*, *i*, ou *u*. De tels mots peuvent bien présenter une parenté ancestrale, une *Stammverwandtschaft* avec notre : *bail*, mais à coup sûr ne lui ont pas donné naissance. Un premier vocable attire alors l'attention, c'est l'allemand *beil* (vieil haut allemand *bihal*) la hache ; on ne peut s'appuyer avec beaucoup de fermeté sur ce mot, car il n'est pas certain qu'il ne soit lui-même d'origine celtique. Cf. irlandais *biail* même sens. — Le mot *bald* a le sens de hardi (idée de chef) ; *balk* = poutre (?) ; *ball* = boule (avec sens originaire probable de marmite) ; *bald* = bientôt (indique peut-être une idée de délai) ; *bal* = méchant, mauvais (v. *bal-lomer* dans Du Cange, peut provenir de l'idée de cheptelier. Comparez les expressions : un noble cœur, une vilaine action, une âme servile ; comparer encore le vieux proverbe allemand : *Schæfer und Schinder sind Geschwisterkinder*).

Si nous recherchons les mots celtiques qui peuvent

être de plus ou moins loin apparentés nous trouvons :

Breton ; bail = marque blanche au front des animaux (l'idée mère est celle de marque) ; baile'h = fier (c'est l'idée de chef) ; balé = marcher ; bail = baquet (il est sans doute possible de ramener cette idée à celle de marmite).

Vieil Irlandais : baile = puissant (c'est le correspondant du breton baile'h) ; baile = endroit, spécialement village ou ville ; ballan = coupe, petit vase ; bail = marmite (cf. breton bail ; a probablement donné naissance à ballan) ; balgum, qui est rendu par sup, bit au glossaire des Ancient laws auquel nous empruntons ces données. Le passage indiqué qui est V. 260. 9 ne pêche pas par un excès de clarté, au contraire ; toutefois il semble bien qu'il s'agit d'une matière alimentaire, peut-être aliment dans un sens assez général ; at-bel ou ad-bel mourir ; au dictionnaire d'O'Reilly (O'Donovan) nous trouvons en plus (mais ce dictionnaire est un dictionnaire d'irlandais en général et non spécialement de vieil irlandais) bail endroit, résidence, prospérité, bonheur ; baileach, intéressé, soigneux ; bailighim, accumuler ; baillen, une boisson ; baillim, boire, distribuer ; bal, marque ; beille a kettle, pan, caldron ; beil = la bouche ; beala = un voile, mourir.

En résumé il y a les idées de chef, de marmite, de mort, de marque et probablement celle d'ali-

ments (1) ; ces idées rendent probable le voisinage de celles d'animal et de bail ; mais il nous est impossible de découvrir celles-ci dans des mots connus. Dans d'autres langues indo-européennes on pourrait en trouver, par exemple en sanscrit. (Cappeller. *Skr. eng. Dict.* — id. Monnier Williams, 1899), on voit balada = bœuf ballava = troupeau de vaches ; bali = taxe, présent, offrande ; aliments (v. Burnouf, Dictionnaire sanscrit) en tous cas l'idée mère est très nette, c'est celle de rente. Mais ces constatations ne nousavancent à rien. Il faut choisir entre une origine latine, germanique ou gauloise.

1. Les sens de village, habitation sont à retenir. Des deux c'est probablement le second avec l'acception spéciale de bâtiment qui est le plus ancien. Ainsi ville vient de villa qui en latin voulait dire une ferme. Un certain nombre de mots indiquent un rapport assez étroit entre l'idée de construction et celle de bétail. Comme nous l'avons vu quelques pages plus haut il y a eu un préceltique cath avec le sens d'animal conservé en gaulois tout au moins sous la forme cathal, conservé en gallois sous celle de cadw. On trouve le mot cathair qui signifie ville. — Cabana signifie à la fois troupeau et cabane. — En vieux suédois nous trouvons le mot bo avec le sens de maison et celui de bétail. — En moyen haut allemand nous trouvons kot qui signifie mesure et kütte qui signifie troupeau (Kluge. Etym. Wtb.) — En vieux norrène nous voyons bol qui signifie taureau (probablement avec le sens primitif plus large de bœuf en général, comparez russe vole) ; en vieux suédois nous trouvons bol qui signifie fonds de terre, en islandais bæli, vieux suédois bæle, petite maison.

A tout bien considérer, aucune origine germanique ne saurait rendre compte de ce fait que baillir se trouve traduit bajulare ; surtout si l'on ajoute que cela se produit dès l'époque franque à un moment où, semble-t-il, on devait être capable de distinguer un mot germanique d'un autre. Quant à l'origine latine, nous la repousserons en ajoutant aux considérations données plus haut celle que voici ; c'est qu'on rencontre dans les textes du début du moyen âge le mot bajula avec le sens de cuve, cuvier ; or que ce mot soit d'origine celtique c'est-à-dire ici gauloise c'est ce qui est pour nous certain ; il suffit de se reporter à ce que nous venons de dire. D'ailleurs si nous ne trouvons pas en celtique le mot bail avec le sens qu'il a maintenant, ni avec ceux que nous lui voyons du ^x^e au ^{xiii}^e siècles, il faut reconnaître que nous l'y trouvons cependant, et qu'on ne saurait en dire autant ni du côté germanique ni naturellement du côté latin.

Nous en avons fini avec ces considérations linguistiques ; nous reprendrons tout à l'heure quelques-uns des résultats obtenus.

Comme d'Arbois de Jubainville l'a montré, les Gaulois n'ont pas toujours connu la propriété privée de la terre (1) ; mais, comme Fustel de Coulanges l'a montré, ils la connaissaient au moment de

1. D'Arbois de Jubainville. *Origine de la propriété foncière*, p. 99 et suiv. Fustel de Coulanges.

la conquête romaine. A cette dernière époque, les terres de culture sont appropriées privativement ; seules la prairie et la forêt restent *res nullius*, sauf le droit de souveraineté de la cité. La culture des céréales fournit une partie importante de la nourriture. De nombreux passages de César nous donnent la preuve de ce dernier fait. L'autre partie de la nourriture est tirée du bétail, et celui-ci joue un grand rôle dans la vie économique gauloise. Un passage (1) nous indique qu'il y avait trois grandes classes : les druides, les chevaliers, les laboureurs (ou menu peuple). Le même passage nous montre que cette troisième classe était fortement endettée, vraisemblablement surtout au profit de la seconde. Comme la monnaie métallique devait être fort rare en Gaule à cette époque, il est non moins vraisemblable qu'il s'agit là de baux d'animaux. Reste à savoir quelles étaient les conditions de ces baux. Un premier point mis en relief par d'Arbois de Jubainville et qui nous paraît fort exact, c'est que le preneur doit le service de guerre. En second lieu, le chef a une grande autorité sur ses hommes ; car César nous dit que la situation de ces derniers était presque de l'esclavage ; il ne faut pas prendre ce texte au pied de la lettre ; mais, tout en tenant compte d'une certaine exagération peut-être voulue, il n'en reste pas moins la preuve de la grande autorité du chef sur ses tenan-

1. César, VI, 13.

ciers, Par contre le passage précédent (VI. 11), nous montre que le chef était tenu envers ses vassaux à un devoir de protection. Quand le cheptelier ne pouvait faire face à ses obligations et payer ses rentes convenablement, le bailleur avait le droit de le réduire à l'état d'esclave (dit César, VI. 13) ; nous dirons, quant à nous, de nexus. La condition de celui-ci n'était évidemment pas meilleure que celle d'un esclave pendant tout le temps qu'il y restait ; mais la comparaison du droit irlandais nous autorise à penser qu'il se trouvait peut-être libéré après l'expiration d'un certain délai de service. D'Arbois de Jubainville (1) a pensé qu'il devait y avoir en Gaule deux sortes de baux d'animaux, correspondant aux deux variétés irlandaises. Pour cela, il interprète comme daerrath la condition de ceux que nous considérons comme des nexi. A notre avis, dans le passage en question de César, il ne s'agit pas de daerrath ; le daerceile n'est ni un domestique, ni un esclave ; il a fait cession du prix de son visage à son chef ; mais, à part cela, c'est un simple locataire d'animaux, et sa condition est assez nettement supérieure à celle d'un esclave pour qu'il soit impossible d'admettre que César ait fait cette confusion. D'ailleurs, le texte de César est aussi net que possible ; il emploie les expressions suivantes : clientes et

1. *Droit celtique*, I, p. 123.

ambacti, clientes et servi, clientes et obæratî. Comme Windisch l'a montré, les seconds termes s'équivalent. Or obæratûs ne peut s'appliquer au daerceile, et convient exactement pour un nexus. (Clientes ce sont dès lors les tenanciers.) Dans ces conditions rien dans les Commentaires ne nous montre l'existence de deux sortes différentes de baux d'animaux. Cela ne prouve pas absolument qu'elles n'existaient pas ; néanmoins cela rend plus que probable l'opinion contraire.

Il serait intéressant de connaître comment les Gaulois résolvaient la question des risques et quel était le taux de l'intérêt. César ne nous en dit rien. En ce qui concerne la première l'étude du droit français du moyen âge nous montre avec une certitude presque complète que ces risques étaient à la charge du preneur. Comme on le verra en effet plus loin cette étude suppose nécessairement qu'à une époque plus ancienne le preneur et spécialement le cheptelier supportait la responsabilité complète ; or l'origine de cette règle n'est évidemment pas romaine. On ne peut pas supposer non plus qu'elle soit germanique ; car les lois barbares sont les unes muettes sur ce point et pour les autres déchargent expressément le locataire ou l'emprunteur à commodat en cas de perte par cas fortuit. Par conséquent l'origine en est gauloise.

En ce qui concerne le taux de rémunération du

bailleur la question est plus délicate, et comporte peut-être des distinctions. Les données que nous fournit à cet égard le droit français du moyen âge ne sont pas précisément concordantes ; mais il faut remarquer que rien ne nous prouve que le taux était uniforme en Gaule. Rien ne nous interdit de penser qu'il pouvait être différent dans les plaines riches et herbeuses propices au développement des vaches et les régions montagneuses et sèches propres seulement à l'élevage du mouton, et que l'intérêt était en conséquence plus faible dans les premières que dans les dernières.

Une première donnée peut être tirée de la considération de ce fait que dans les coutumes où nous trouvons mentionné le cheptel, même les plus anciennes, nous lui trouvons toujours un caractère archaïque très prononcé ; à quelque époque qu'on le rencontre, et (sauf quelques exceptions insignifiantes) en quelque pays qu'on le trouve il produit toujours les mêmes effets au point de vue de la rémunération du bailleur. S'agit-il de vaches celui-ci a la moitié des veaux ; s'agit-il de moutons il a droit à la moitié des agneaux et à la moitié des laines. Or nous l'avons vu en commençant ce chapitre les mots employés pour désigner le cheptel sont d'origine gauloise. On doit donc admettre qu'à l'époque gauloise la rémunération du bailleur était déjà celle qui existe encore aujourd'hui.

En conséquence pour les vaches le taux était d'environ $16\frac{2}{3}$, tandis que pour les moutons il devait correspondre à peu près au double, soit 33 o/o, quoique ce dernier taux ne puisse être précisé avec rigueur. Nous le répétons, l'existence simultanée de deux taux aussi différents ne peut s'expliquer que parce qu'ils étaient pratiqués dans des pays différents.

On peut encore à mon avis ajouter deux données qui pour être assez hypothétiques, sont néanmoins assez plausibles pour mériter tout au moins d'être mentionnées. La première concerne le délai du contrat ; en rapprochant les renseignements que nous fournit notre moyen âge et ceux tirés du droit vieil irlandais on arrive à la constatation de ce fait que tantôt les profits devant revenir au bailleur lui étaient remis une fois par an, et alors le contrat pouvait cesser par la simple volonté des parties au moins à une époque fixée de chaque année, tantôt le contrat était conclu pour un délai fixe et probablement alors le bailleur recevait toute sa rémunération d'un coup. Dans ce cas le délai devait être de trois ans ; car au moyen âge nous trouvons pour ce cas tantôt trois, tantôt cinq ans ; tandis qu'en Irlande nous trouvons bien au commencement du chapitre du Saerrath l'indication du délai de trois ans, mais nulle part celle d'un délai de cinq ans.

Enfin il est probable que les intérêts cessaient de croître quand ils avaient atteint le double. Au moyen âge en Italie cette considération du double paraît avoir une signification historique dans les prêts consentis par les Juifs ; de plus en France la coutume d'Alais qui date du commencement du xiii^e siècle limite expressément la croissance au double. La règle est-elle d'origine romaine ? ce n'est pas impossible ; il n'est pas impossible non plus qu'elle ait une origine celtique.

LA FRANCE ET L'ITALIE AU MOYEN AGE

L'étude de notre matière en droit français présente de grandes difficultés du fait de la trop grande abondance des documents, principalement des documents où on ne trouve que des détails insignifiants et dans lesquels cependant on avait en les ouvrant l'espoir de trouver quelque chose d'intéressant.

En ce qui concerne l'histoire du droit italien nous avons trouvé un excellent guide et même plus qu'un guide dans le très bon ouvrage de Pertile: *Storia del Diritto italiano*; spécialement tome IV, pages 589 à 655 (2^e édition).

On s'étonnera peut-être que nous étudions conjointement ces deux pays; c'est que, au moins pour les matières qui nous intéressent, ils ont suivi tous deux une marche identique; que même sur certains points il y a intrication de leurs théories, si bien qu'il n'est plus alors possible de dire si on a affaire à du droit italien ou à du droit français.

La première question à étudier est celle de la responsabilité. Si nous avons quelques indices sur les

Gaulois, nous ne possédons par contre rien sur ce point en ce qui concerne l'époque gallo-romaine. En quelle mesure les principes du droit romain modifièrent-ils ici les coutumes gauloises, nous n'en savons rien. Tout ce qu'on peut dire c'est que d'une part il dut y avoir influence romaine, et d'autre part que ce n'est point non plus le droit romain tel que nous le connaissons qui s'appliquait. Les règles qui régissent notre matière sont avant tout affaire d'usages et de coutumes ; il est assez naturel de penser que les idées gauloises n'ont dû être touchées que d'une façon fort restreinte.

En passant à l'époque franque nous constatons que nous sommes à peu près aussi bien renseignés que pour la période gallo-romaine. La loi salique contient bien un chapitre intitulé : « de rebus praestitis » ; mais les règles qui s'y trouvent sont de pure procédure. — Devons-nous citer ici ce texte publié en 1886 par Gaudenzi. (Un' antica compilazione...) (V. *Nouvelle Revue historique*, 1886, p. 525.) A l'article 13 nous lisons : « Si quis donaberit aliquid alio homini peculium suum, aut aurum ; sive argentum ; aes aut ornamentum ; mancipia aut de peculio aliquid ; ... Habeat tamen testes duo aut tres ingenuos ; testantes quod illum non impromutuaverit (1), sed don-

1. Impromutuare qui a donné le français : emprunter, signifie ici, comme on le voit, prêter ; pareil phénomène peut se constater également à propos des mots bailler, baillir et du mot louer.

averit. » Ce passage nous montre que l'objet d'un prêt peut être une chose quelconque ; louage, commodat, mutuum paraissent englobés dans un même concept juridique. Du reste nous avons déjà remarqué pareil fait en étudiant l'Allemagne. Il y a cependant ici un détail intéressant à relever, c'est que ce contrat de prêt doit être bien fréquent pour que la remise d'une chose par une personne à une autre suffise à le faire présumer.

Un document de Charles le Chauve rapporté dans Stobbe : *Z. Gesch. d. dtsh. Vtgsrcht*, p. 234. « Si... (les fonctionnaires qui ont reçu des sujets du roi des chevaux pour les charrois) reddere eos neglexerint et eorum interveniente neglegentia perditu seu mortui fuerint. secundum legem Francorum eis, quorum fuerunt, sine dilatione restituantur et restaurentur. » Ce passage montre clairement que ces officiers royaux ne sont pas tenus du cas fortuit ; mais est-ce une règle qui leur est spéciale, ou au contraire est-ce l'application d'un principe général, cela n'est pas dit. Toutefois ce qu'il y a de presque certain c'est que les lois germaniques adoucissent la responsabilité du détenteur ; mais en définitive les données que nous avons sont bien vagues.

Nous arrivons maintenant au moyen âge. De bonne heure nous voyons appliqués les principes romains et même sous l'autorité des textes romains. Toutefois un certain nombre de documents nous laissent

percevoir un état de choses différent que, ne serait-ce que pour cette raison, nous considérons comme plus primitif : mais il nous faut dire que les données que nous tiendrons ainsi comme plus primitives que d'autres ne sont pas toujours dans des sources plus anciennes. Aussi pour l'exposition de ce sujet ne suivrons-nous pas l'ordre chronologique. Du reste il n'y a pas lieu de s'en étonner quand on pense que pendant une grande partie du moyen âge la diversité du droit était extrême suivant les pays, même parfois, semble-t-il, suivant les juges qui avaient à appliquer le droit, particulièrement s'il faut en croire l'opinion autorisée de Pierre de Fontaines chapitre I, § 3.

BEAUMANOIR. — Quoiqu'il en soit nous commencerons par Beaumanoir. Il n'est relativement pas très ancien. Mais il est beaucoup moins suspect que d'autres sources de romanisme ; de plus nous y trouvons une théorie complète et logique. — L'édition dont nous nous sommes principalement servi est celle de Salmon ; et comme pagination c'est à elle que nous renvoyons.

Dépôt. — Nous en trouvons la règle au tome II, page 70, § 1114. Quant la chose baillie en garde périt sans la faute de « cil qui la prist en garde » « il n'est pas tenu à rendre la. » Beaumanoir cite les exemples d'incendie, inondation, larrons ou bien si la chose périt d'elle-même, par exemple, mort natu-

relle d'un animal, vin qui devient mauvais, robe qui empire par vers ou par « enviesir. »

Prêt. — Sous ce nom Beaumanoir range à la fois le commodat et le mutuum. Cela ressort nettement du paragraphe 1117 où il cite comme choses prestees d'abord l'exemple d'un cheval, ensuite d'« un mui de fourment ou de segle ou d'aveine ou de vin. » Il nous dit dans les termes les plus expès § 1114: « En quelque manière que la chose prestee soit perdue ou par les coupes de celi qui l'emprunta ou sans ses coupes, il est tenu à rendre la chose ou la valeur. » La raison de la différence qu'il y a avec le dépôt ou garde, c'est, dit-il, qu'on ne peut pas jouir de la chose « baillie en garde, mais l'emprunteres en puet faire son preu et metre en son pourfit. Et puisque l'on puet faire son preu de la chose prestee, il est bien resons que l'en la rende aussi souffisant comme elle estoit quant ele fu prestee. » C'est tout ce qu'on peut imaginer de plus clair et de plus précis.

Cependant cette règle comporte certains tempéraments paragraphe 1117. Par exemple « s'aucuns me preste son cheval pour fere mon labeur ou pour chevauchier et je le rent plus maigre et plus travaillé ; — mes si le chevaus muert ou mehaigne entre les mains de l'emprunteur, il est tenus au damage rendre. » De même pour une robe qui empire par enviesure. « Car pour ce que teus choses empirent par

vestir ou par enviesir, l'en doit croire que cil qui la presta, qui bien savoit qu'ele empiroit, amoit tant celui a qui il fist le prest, qu'il li donnoit l'usage du vestement tant comme il li pleroit ; et s'il lessa tant a demander la qu'ele fu usée, il ne la puet demander fors tele comme ele est. » De même, dit-il, quelqu'un prête « un mui de fourment valant XL. S. le jour du prêt, et quand li presteres la veut ravoir il ne vaut que XX. S. ou que XXX, il ne puet pas demander » la différence des prix. Toutefois si au jour fixé pour la restitution je demande la chose à l'emprunteur et qu'il ne puisse ou ne veuille me la rendre alors l'emprunteur est tenu même de la différence des cours.

Le § 1118 nous dit que si l'emprunteur offre de rendre la chose et que le prêteur la refuse, le premier n'est pas tenu « a fere nul restor de l'empirement que la chose peut subir. »

Au paragraphe suivant, § 1119, nous lisons que « l'en doit user des choses prestées selonc la maniere qu'ele fu prestee et nient autrement. » La sanction qui en est donnée peut nous étonner un peu au premier abord : « Et cil qui n'use pas ainsi comme il doit de la chose prestée, se damages en avient, l'emprunteres la doit rendre à celui qui le presta. » Si l'emprunteur est tenu en principe du cas fortuit, à quoi bon cette disposition ? Elle n'est cependant pas tout à fait inutile, et ne constitue pas nécessairement

une contradiction avec le principe posé au § 1114; en effet l'empirement provenant normalement de l'usage de la chose a été mis par le § 1117 à la charge du propriétaire; celui par contre qui provient d'un usage anormal devra être « restoré » par l'emprunteur.

Louage. — La règle pour le louage est donnée également à plusieurs reprises et endroits différents dans le même chapitre. En effet le § 1117 nous dit que la règle donnée pour « les choses prestees » s'applique aussi aux « choses bailliees a louage ». « Mes si le chevaus muert ou mehaigne entre les mains d'icelui qui l'emprunta ou qui le loua, il est tenus au damage rendre. »

Mais si cette règle semble bien s'appliquer véritablement aux animaux et à certains autres objets, elle ne paraît pas cependant avoir une portée générale. En effet au § 1141 nous voyons l'espèce suivante. Une personne a loué un pressoir. « Se cil qui le tient à louer par son seurfet brise ou despicee ou pert aucune des choses qui sont des appartenances du pressoir, il est tenus à restorer le damage, soit du gros fust, soit des autres choses. » Ainsi il faut pour qu'il y ait lieu à indemnité qu'il y ait eu seurfet, c'est-à-dire faute; le reste de l'article est d'ailleurs en parfaite concordance avec cette manière de voir.

Signalons enfin une singulière disposition au § 1135 ainsi conçue. « Cil qui prent aucune chose a

louier ou en garde par louier et après la pert par negligence ou par mauvese garde, n'est pas escusés de rendre le damage aussi comme cil qui la prent en garde sans louier ; ainçois est tenu à rendre ce qui li fu baillié a louage atout le louier ; car le louiers qu'il prent pour la chose garder l'oblige a rendre la chose qui li fut baillie en garde. Nepourquant force de seigneur est exceptée... » Force de seigneur, que la terminologie moderne appelle : fait du prince, exonère le détenteur. — Mais reprenons de plus près cet article ; il n'est en aucune façon satisfaisant. « Cil qui prent... en garde par louier... » Que signifie cette expression ? Elle doit vouloir dire autre chose que tenir à louage puisqu'elle en est distinguée. Louier dans Beaumanoir a le sens non seulement de loyer, mais aussi de salaire (V. Glossaire de Salmon à la fin de son édition de Beaumanoir ; les références qu'il indique, savoir § 42 et chapitre XXIX sont très convaincantes) ; garde par louier veut donc dire : dépôt salarié. La seconde phrase nous dit : il est tenu de rendre la chose louée avec le loyer. Ici il ne peut s'agir que d'un locataire et il n'est pas question du dépositaire salarié. La phrase continue : car le loyer qu'il prend pour garder la chose... C'est maintenant, sans transition ni explication, d'un dépositaire salarié qu'il s'agit. — De plus revenons encore à la première phrase. Le locataire ou le gardien salarié qui perdent la chose par leur faute ne sont pas excu-

sés comme le gardien gratuit. Quel est le sens de ces mots ? Le gardien gratuit serait-il donc excusé quand il a perdu la chose par sa faute ? Quelle singulière, obscure et défectueuse manière de s'exprimer ! Si c'est là du Beaumanoir, il faut convenir que c'en est du tout plus mauvais. Il est impossible d'admettre tel quel ce passage. Voyons donc quelles corrections il peut paraître possible de lui faire subir. « Ne pourquant forcé de seigneur est exceptée... » nous dit la dernière phrase ; cela nous apparaît comme une hypothèse exceptionnelle de décharge ; par conséquent nous sommes forcés d'admettre que le principe est une responsabilité très rigoureuse. La phrase précédente : car le louiers qu'il prent... semble imposer au gardien salarié le cas fortuit ; il en est de même quoique d'une manière moins nette de la seconde phrase, relative au locataire. Dans tous les cas, gardien salarié et locataire nous paraissent mis sur le même pied. Dans la première phrase, comme on peut le remarquer, les mots : et après la pert... ou bien rendent la phrase absurde ou bien en font un truisme ; et dans ces conditions il faut les supprimer. Dès lors la solution la plus vraisemblable de la difficulté soulevée par ce texte est que locataire et gardien salarié doivent supporter le casus. Seulement ce n'est dans tous les cas plus alors que du prébeaumanoir.

En ce qui concerne le louage nous trouvons

encore un autre texte dans un autre chapitre, le LXVIII^e relatif à l'usure ; il ne serait pas à lui seul et par lui-même absolument probant pour la question de responsabilité ; mais il n'en constitue pas moins un sérieux appoint : « § 1938. — Si je loue mon cheval et il meurt entre les mains de celui qui le loua, ce n'est pas usure si je vueil ravoïr mon cheval atout le louier ; et aussi de ma vache, ou de mes brebis puisque cil qui les loua metoit les pourfis des bestes en son preu, par le louier rendant. » Il suffit de comparer ce passage avec le paragraphe 1114. La ressemblance est frappante c'est exactement le même raisonnement. Il est donc parfaitement légitime d'en tirer cette conclusion que la règle à appliquer est la même, à savoir ici que le locataire doit supporter le risque de la mort naturelle de l'animal.

Gage. — Nous ne trouvons rien dans Beaumanoir à ce sujet.

ASSISES DE JÉRUSALEM. — Un autre texte plus ancien, les Assises de Jérusalem, et qui cependant doit porter plus ou moins la marque de l'influence des textes romains, puisque ceux-ci s'y trouvent cités à tout propos (1) nous offre un système fort semblable à celui de Beaumanoir.

1. Il nous faut cependant ajouter que ces citations latines ont été vraisemblablement ajoutées à une époque postérieure à la rédaction du fond du texte.

Assises de Jérusalem. Cour des Bourgeois. (Edition Beugnot).

Dépôt. — Cap. CVII (p. 77). Ici dirons la raison de l'aveir c'on recommande, et cele recoumandise ce pert. — S'il avient que un home ou une feme recommande son aveir à un autre home, et celui ou cele qui prist l'aveir en garde pert celui aveir en aucune maniere, la raison comande qu'il det amender celui aveir à celui ou à cele qui li bailla. Mais ce il fist convenant à signor de l'avoir quant il prist celui aveir en garde, que se seluy aveir li estoit emblé, ou que ce sa maison s'ardeit ou cheieit, ou que c'il le perdist, qu'il en fust quites, dreis est que c'il le pert puis par aucun de ces cas qu'il en det estre quites, par droit et par ces convenans qui sont dit dessus. » C'est très simple et très net : c'est le principe de la responsabilité complète ; il est très curieux de remarquer que le texte prévoit la convention par laquelle le dépositaire déclinera la responsabilité de tel ou tel cas fortuit.

Gage. — Chapitre LVI, page 51. — Ici dit la raison des gages qui se perdent... En quelque manière le presteur pert les guages ou qu'il li soient emblés, il les doit amender à celui qui les li bailla en gage.

Même observation que pour le dépôt, sauf qu'ici on ne prévoit pas de convention en sens contraire.

Prêt. — Ce mot peut désigner à la fois le mutuum et le commodat. De fait généralement l'auteur a en

vue le mutuum ; parfois c'est l'autre de ces deux contrats ; par exemple au chapitre LXXXVI : « ... ce est que il li a prestee sa beste. » Au chapitre L il n'est au début absolument question que du mutuum : « Mutuum est quod de meo tuum fit ; c'est-à-dire, prest est chose que dou mien est fait tien... » Mais ce commencement ne se trouve ni dans le manuscrit de Venise, ni non plus dans celui de Munich (dans celui-ci même tout le chapitre L manque complètement.)

Nous ne trouvons aucune règle au sujet de la responsabilité à propos de ces deux contrats. En ce qui concerne le mutuum c'est évidemment la responsabilité complète qui doit se présumer, et étant donné qu'aucune distinction n'est faite entre le mutuum et le commodat nous devons conclure devant l'absence de dispositions spéciales exonérant le commodataire en cas de perte par cas fortuit que la règle est la même que pour le commodat. Le contraire serait du reste invraisemblable puisque le dépôt et le gage mettent le casus à la charge du détenteur, et qu'on ne saurait admettre en bonne justice que le commodataire fût traité d'une manière plus favorable que le dépositaire.

Louage. — Le principe que nous trouvons au chapitre XCVIII est au contraire que le locataire d'un animal n'a pas à répondre du cas fortuit, et qu'il : deit estre quite, par un sairement que il doit faire, c'est, car il doit jurer sur sains...

Le chapitre C contient une disposition curieuse. Si un homme loue une bête « et la beste li recreit au chemin » c'est-à-dire est exténuée de fatigue, il doit la mener jusqu'au premier village de chrétiens, l'y laisser et louer une autre bête pour continuer son voyage et dans le cas contraire si la bête meurt, il la « deit amender. » Indirectement cette disposition restreint le champ d'application du principe posé dans le chapitre XCVIII.

Mais voici qui est encore plus remarquable. Chapitre CI. « S'il avient que uns home ou une feme luie autrui beste, et elle li recreit en la voie, ou li prent aucun autre mau, et celui ou cele qui l'aura luiée la fait mareschaucier, et la beste meurt ou se mahaigne, la raison comande qu'il la det amender par dreit ; por ce que nus hom ne deit faire mareschaucier autrui beste, jà por nul mahaing qui li veigne, sans le comandement de selui de cui sera la beste ; *in alienis enim rebus distrahendis domini voluntas et mandatum est necessarium, juxta plebis vitum.* »

(Mareschaucier (v. Glossaire placé à la fin du livre des Assises) signifie : traiter, panser une bête malade).

Que doit alors faire le locataire pour ne pas être rendu responsable ? S'il laisse la bête sans la soigner ou la laisse mourir de fatigue on le rend responsable ; s'il la fait soigner et qu'elle meure on le rend encore responsable. Autant vaudrait dire qu'il l'est toujours ?

Transport. — Le cas prévu au chapitre XCIX est le suivant. Un chamelier loue ses chameaux pour transporter du vin ou de l'huile ou autre chose ; un chameau tombe et dans sa chute un récipient se brise. Le chamelier n'est pas responsable de la perte. Au contraire si le chargement tombe parce qu'une corde se casse, le chamelier doit amender. Toutefois dans le premier cas « si le seignor de l'aver peut montrer par deus garants que le chameau est tombé par la coulpe dou chamelyer, celui-ci est tenu d'amender tot celui damage. » L'espèce suppose naturellement que le chamelier accompagne et conduit ses chameaux.

Si nous examinons d'ensemble ces diverses dispositions nous voyons que la responsabilité du détenteur y est presque aussi lourde que chez Beaumanoir.

LES LEYS DE L'EMPERADOR. — Passons maintenant à un autre texte assez ancien, quoique de date indéterminée, que son titre même nous montre inspiré du droit romain : je veux parler des Leys de l'Emperador. — Textes additionnels aux Fors de Béarn, Brissaud et Rogé dans *Bulletin de l'Université de Toulouse*. B. 3, 1905. L'empereur dont il s'agit, c'est Justinien. Nul doute par conséquent que nous devions en principe nous attendre à nous trouver en face de décisions inspirées du droit romain, et que celui-ci aura été appliqué sauf dans les cas où il

violait trop ouvertement la conscience juridique populaire. Voici cependant ce qui se trouve à propos du dépôt (trad. des éditeurs art. 104, p. 53). L'homme à qui une chose est confiée doit la rendre à celui de qui il l'a reçue au jour fixé entre eux ; il doit rendre sa valeur si elle a péri ou a été détériorée par sa faute ; il ne doit rien au contraire si la perte ou la détérioration n'ont pas eu lieu par sa faute, sauf en trois cas ; s'il a promis de la rendre de quelque sorte qu'elle périsse ou se détériore ; s'il reçoit de l'argent pour garder la chose ; si celui à qui la chose est confiée a demandé qu'on la lui donne à garder. — On voit quelles restrictions importantes sont faites aux principes du droit romain, notamment en ce qui concerne le dépôt salarié.

Faut-il relever aussi le numéro 110, page 55 (traduction des éditeurs). Si une chose vendue se détériore ou se perd entre les mains du vendeur ou par sa faute, depuis que le marché aura été fait et le prix convenu, à supposer que l'acheteur n'en ait point la possession, le vendeur doit dédommager l'acheteur. — « Entre les mains du vendeur ou par sa faute » semble indiquer que l'une des deux conditions suffit et que par suite le vendeur serait responsable du casus par le seul fait de sa détention.

ANCIENNE COUTUME DE BERRY. — Pour ce texte nous renvoyons à l'étude de M. Chénon (Chénon. « L'ancien coutumier du pays de Berry », *N. r. hist.*

1905, p. 581 et suiv.). L'édition que nous avons utilisée est celle de La Thaumassière. *Anciennes et nouvelles Coutumes de Berry et Lorris*. Le passage que nous voulons relever se trouve à la page 281. De prester cheval ou beste. On y voit que le commodataire n'est pas responsable de la perte ou de la mort du cheval. L'article (ou plutôt chapitre) se termine par ces mots (qui sont postérieurs en date au commencement du même article et qui sont dus à Jehan de la Loë. Chénon, *loc. cit.*, p. 605). « Et ainsi en ay veu user; mais de bonne foy, il se devoit payer, posé que l'en n'y peut estre contrainct, et cest cas est en Droict plus que en Coustume. » Jehan de la Loë a écrit cette phrase dans le premier tiers du xv^e siècle; elle nous montre la répugnance de cet auteur pour l'adoption du principe romain, répugnance basée, semble-t-il, sur des usages et des idées conservées dans l'esprit populaires; c'est là tout ce qui reste de la règle ancienne; un vestige et rien de plus.

JOSTICE ET PLET. — Dans : *Li livres de Jostice et de Plet*, édition Rapetti, p. 166, nous trouvons un peu davantage mais pas beaucoup cependant. Chapitre XIV. « Des choses prestees qui sunt fetes par prière. Or demende l'en se chose est prestelee et ele soit perdue, se l'en i est tenus? Et l'en respont que la division est tele : se la chose est prestelee par si que l'en la rende la convenance vaut. Et se la chose

est prestee simplement, sans division, li emprunteres ait mis aussi grand diligence en la chose garder, comme prodome doit fere, et la chose pèrisse, il n'en est pas tenuz. »

Ainsi d'après ce texte il suffit que le prêteur ait expressément imposé à l'emprunteur l'obligation de rendre la chose pour que celui-ci soit tenu du cas fortuit ; solution singulière et qui serait inexplicable s'il ne fallait y voir un essai de conciliation entre deux règles différentes et contradictoires dont on ne voulait sacrifier complètement et sans ménagement ni l'une ni l'autre.

Au chapitre précédent nous pouvons constater un fait un peu analogue. Chapitre XIII. « De chose baillie en garde, d'establissemenz de roi... » Quatrième alinéa, p. 165. « Aucun mist sa chose en ma meson, ge la perdi, mès la moie fust bien gardée ; et l'en dist que tot doie l'en cuider que j'eie la chose bien gardée que l'en me bailla à garder, en ce quas a presumption qu'il ne l'et pas bien gardée. »

« Mès pose que je baille une chose à garder por estre sauve, ou tu eus loer por la chose garder, se la garde n'empire par tes copes, tu n'i es pas tenuz, fors en tres quas : que se tu as convent que s'ele est perdue que tu la li rendras : ou quant ta cope ala avant le quas ; ou quant la chose demoura à rendre. »

Ces fragments se trouvent encadrés entre des

textes du Digeste et des Décrétales. Eux-mêmes paraissent avoir été puisés à une autre source ; mais après avoir été défigurés. Dans le premier de ces deux fragments il est question d'une garde gratuite et paraît bien provenir d'une source qui imposait au dépositaire une responsabilité assez lourde. Dans le second qui commence par ces mots. « Mès posé que... por la chose garder », la solution qu'on s'attend à voir donner est que le gardien sera rendu responsable du cas fortuit ; au contraire ce que nous constatons c'est l'exonération du casus, sauf en trois cas qui pourraient aussi bien s'appliquer au dépôt gratuit. Même la comparaison des deux phrases fait ressortir l'anomalie suivante. La garde est gratuite, responsabilité, elle est salariée, pas de responsabilité, ou si on veut, le rapprochement des deux alinéas semblerait presque faire croire que la situation du dépositaire salarié est meilleure que celle du dépositaire gratuit. Au contraire le mot : mès s'explique aisément si l'on admet que la source où Jostice et Plet a puisé disait que le gardien gratuit était libéré par le casus, mais que si le déposant avait remis sa chose à garder pour être sauve ou si un salaire avait été stipulé, le gardien devait alors quand même restituer. Du reste, il faut remarquer que les mots : pour être sauve ne comportent guère d'autre explication que celle de l'obligation expresse

au cas fortuit (Cf. l'expression italienne : a capo salvo.)

Si nous faisons maintenant une revue rapide des textes italiens que nous trouvons dans Pertile : *op. cit.* tome 4 nous trouvons d'abord (p. 613. n. 6) Aripando (il vivait, (Pertile I. 138) « al principio o certamente alla prima meta del secolo XII) qui nous dit : Sciendum est depositarium teneri ad eius restitutionem sive possideat, sive subrepta sit ; quod in omnibus huius modi contractibus, ut in locato, et commodato et pignore dicendum est. Quicumque enim rem habuerit, tenetur ad eius restitutionem. — Donc responsabilité complète.

Son contemporain Albertus donne une solution différente au sujet du dépôt : le gardien n'est pas tenu du cas fortuit sauf certains cas : s'il s'est offert à garder la chose, s'il a reçu un salaire ou s'il y a eu à ce sujet convention expresse. — C'est exactement ce que nous avons trouvé dans les Lois de l'Empereur, faisant suite aux Fors de Béarn.

Stat. Veronæ (Pertile. 4. 614. n. 14). — Le cas fortuit y est à la charge du commodataire, sauf si l'animal prêté est mort chez l'emprunteur pour cause pour laquelle il le serait devenu également chez le commodant. — Le principe est la responsabilité du cas fortuit ; c'est seulement une incidente alambiquée qui l'exonère dans un cas particulier. A remarquer que cette incidente que son allure embarrassée dénote

comme une modification du principe simple ancien, nous indique un cas qui pour être assez mal déterminé n'en peut pas moins devenir assez compréhensif.

La coutume d'Aoste nous dit (on trouvera le passage dans Pertile 4.615.17) : « Qui a prit cheval ou autre beste en prest, tel de tout temp a été la coutume, que s'il vient à mourir celui qui l'a en prest paye la moitié de la valeur de celui au maître du cheval, qui supporte la perte de l'autre moitié. » On peut remarquer que l'exemple donné est un animal. Le statut de 1450 ajoute : « Et idem de omni alia re commodataintelligatur. » L'article suivant (n° 31) nous dit au contraire : « Mais s'il est donné en louage, la perte demeure toute au propriétaire, se non qu'il apparaisse de la coulpe du locataire. »

Cette division par moitié de la perte par cas fortuit dans le commodat est très curieuse, et constitue une étape des plus intéressantes dans l'évolution de la responsabilité.

A noter encore *Cons. Mediol.* (Pertile 4.614.14). « In re comodata illud obtinet, quod si quis alicui proficiscenti ad pugnam equum comodaverit, et in pugna amiserit, vel implagatus fuerit, nihilominus restituitur damnum. » Le casus est pour l'emprunteur, et cela bien que la chose périsse pour ainsi dire par l'usage normal auquel elle est destinée.

Dans les textes plus récents ou qui se piquent

d'être plus raffinés (ainsi que l'avait déjà vu Stobbe. *Z. Gesch. d. dtsh. V. R.* III. Leihe), pour concilier les vieilles coutumes avec le droit romain, on a recours à la théorie de la culpa levissima, sorte de moyen terme et d'expédient.

Ainsi ce que nous trouvons en France comme en Italie en remontant le cours des temps, c'est une responsabilité de plus en plus grande du détenteur et nous sommes en droit de penser qu'au début elle était complète.

Nous voudrions dire maintenant quelques mots d'une institution qui par l'objet auquel elle se rapporte est bien éloignée de nos contrats, mais qui par contre s'en rapproche singulièrement par son nom ; nous voulons parler du régime des biens des enfants (ayant perdu l'un de leurs parents), qui porte le nom de bail. Pour l'indication des particularités que nous décrirons, nous suivrons Beaumanoir ; la matière y est expliquée avec précision et clarté, mais les principes que nous releverons ne sont point différents de ceux qu'on pourrait trouver dans les autres anciennes sources (1).

« Le bail, nous dit Beaumanoir, dans son chapitre XV suppose qu'aucuns muert, et il a enfans qui sont sous aage si qu'il ne pueent ne ne doivent venir a l'homage du seigneur. Le plus proche pa-

1. Cf. Viollet, p. 531 et suiv.

rent peut prendre le bail ; mais dans tous les cas nul n'est contrain à prendre bail s'il ne veut. » Le bail est donc une sorte de tutelle. On en distingue alors deux : le bail et la garde. Le bail n'a lieu que pour les fiefs, et les différences entre garde et bail sont les suivantes. Tandis qu'en gros la garde obéit aux principes du droit romain, le bail au contraire présente des caractères remarquables. Celui qui tient en bail profite de tous les revenus du patrimoine faisant partie du bail ; par contre il doit faire face à toutes les dépenses notamment « pester et vestir les enfans et à la fin du bail doit rendre celui-ci en aussi bon état qu'il l'a pris ; en d'autres termes il a la responsabilité complète de la chose. Dès lors cette institution peut se ramener à une conception juridique plus large et plus simple, dont par suite elle doit être dérivée et qui est celle-ci. Une personne prend en main un patrimoine, plus simplement disons une chose avec convention d'en jouir et à charge d'exécuter un ouvrage : l'éducation de l'enfant. C'est là un contrat de bail dans le sens que nous avons donné à ce mot ; il n'y a par conséquent rien d'étonnant à ce qu'il en porte le nom. Mais reportons-nous à ce qui passait en vieille Irlande ; nous pouvons constater la presque identité du bail du moyen âge français avec le iarrath vieil irlandais. Le bail à la différence du iarrath suppose la mort du père (ou de la mère ; peut-être seulement du père à une époque plus ancienne) ; au fond

ce n'est là qu'un détail. Or le bail n'est pas d'origine romaine et vu l'extrême analogie avec une institution d'un autre pays celtique nous sommes en droit d'en induire que le bail est, comme son nom, d'origine gauloise (1). Cette opinion trouve un point d'appui fort sérieux quand on remarque que les lois germaniques ne nous font connaître rien de semblable (V. Viollet, 534) et que d'autre part dans le très ancien droit allemand nous trouvons aussi un système complètement différent du bail. (V. Rive. *Geschichte der deutschen Vormundschaft*). Nous lisons dans ce dernier ouvrage (2^me partie p. 27) que les lois frisonnes et le Miroir de Saxe obligent le tuteur à rendre compte de l'état de la fortune du pupille tous les ans ; « voer den twalven gesworen des landes » dit le *Westerwolder Landrecht*. (Le miroir de Saxe dit simplement : « Sve aver des Kindes erve is, dem sal des Kindes wõrmunde bereden von jare to jare des Kindes gudes » sans parler des douze jurés de la loi frisonne).

Nous n'avons pas à rechercher ici les détails du processus d'évolution depuis l'époque gauloise jusqu'au moyen âge. Nous ferons toutefois remarquer que le mot *bajulus* qui dans la bonne latinité signifiait portefaix, et pas autre chose se rencontre à l'épo-

1. L'institution du *iarrath* était connue en Gaule, ainsi qu'en témoigne un passage de César. VI. 18. v. d'Arbois de Jubainville, *Dr. celtique* I. 112.

que franque avec le sens de précepteur des enfants du Prince (v. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, tome V, p. 473) ; quelquefois il a même un sens plus étendu. Dans Du Cange : mot *bajulus* 2 on voit d'abord : *paedagogus*, qui *puerorum curam gerit*. Dans les passages cités à cet endroit extrayons celui-ci qui est curieux : « *Vitalis Episcop. oscensis apud Blancam de Reb. Aragon : alii Bajuli, i, servuli, vel nutritores... quia consueverunt nutrire filios, et familias dominorum* ». *Bajulus* est donc ici le père nourricier ; le aite du *Senchus*, le foster father comme dit la traduction.

Nous remarquerons en terminant sur cette question que de bonne heure la forme *bajul* a à subir la concurrence de formes telles que *bail*, *baill*, *bayl*, *ball*, etc., toutes plus rapprochées de la forme celtique *bail*.

Après la responsabilité, nous avons abordé dans la plupart des pays l'étude du taux de l'intérêt. Ici le problème se complique et les résultats sont plus ou moins dénaturés du fait de la prohibition de l'intérêt. Nous n'avons pas l'intention de faire l'histoire de cette prohibition ; nous avouons du reste n'avoir fait sur ce point aucune recherche spéciale, et nous nous en tiendrons d'ailleurs à des notions tout à fait établies et non contestées.

En ce qui concerne spécialement le taux nous trouvons un premier ordre de renseignements dans

les chartes de Normandie. (Sur ce point v. Delisle dans son merveilleux livre. *Etudes sur la Condition de la Classe agricole en Normandie au moyen Age.* — Génestal. *Rôle des Monastères comme Établissements de Crédit en Normandie.*)

Delisle, *op. cit.*, page 213 nous montre au début du ^{xiii}^e siècle au manoir de Saint-Marcouf le fait suivant qui paraissait alors un usage immémorial : chaque année à la Saint-Michel on prélevait sur les produits du manoir une certaine somme qu'on remettait à divers tenanciers, *anno revoluto* cette somme devait être rendue *cum incremento tertiæ partis* ; c'est-à-dire 33 o/o.

Au ^{xiii}^e siècle, la vente de rente est passée généralement sur le pied de 10 à 12 o/o (v. Delisle, p. 214 et Genestal, p. 199) ; mais ici des documents que nous avons, aucun n'est antérieur au ^{xiii}^e siècle.

Dans Lamprecht (*Etat économique de la France*, trad. française) p. 288, n° 2, nous trouvons relevés les taux suivants en matière de mort-gage. 1° à Redon 5,85 (ce n'était sûrement pas là le taux courant) ; 2° 18,18 o/o également à Redon ; 3° Gest. abb. Gembl. deuxième moitié du ^{xi}^e siècle, 12 o/o.

Une série d'exemples curieux (même auteur, p. 291 note 2), datant du ^{xi}^e siècle, nous révèlent un taux général de 25 o/o. Un exemple de 4000 sol. en rap-

portant 300 doit être écarté en raison même de la faiblesse de son taux 7 1/2 o/o.)

La prohibition des intérêts dans le prêt comportait certaines dérogations. L'une d'elles était en faveur des Juifs (en y joignant Lombards et cahorsins) ; tous ceux-ci prêtaient à usure. En France, Philippe-Auguste avait fixé à ce sujet le taux légal à 2 deniers par livre et par semaine, soit 43 o/o par an.

Dans Beaune « Les contrats » (*Droit coutumier français*), page 372, nous trouvons des indications sur les exceptions à la règle. Nous voyons d'abord les rois autorisant à titre de faveur le prêt à intérêt (entre catholiques) dans telle ou telle ville. De plus le Midi s'exempta tout entier lui-même de la défense de prêter à usure. Etait-ce dû à l'influence romaine, c'était le motif qu'on invoquait. Etait-ce le seul, je serais assez porté (sans autre preuve du reste) à admettre que non. Au xi^e siècle nous voyons à Valence en Dauphiné des taux de 12, 16, 50, 60 même o/o suivant la condition de l'emprunteur et la destination de l'argent prêté. En 1235, Béranger, comte de Provence, autorise de prélever jusqu'à 80 o/o ; mais à Aix, en 1248, les Juifs ne pouvaient prendre que 25. « Rien de bien surprenant en cela, ajoute cet auteur : ces provinces étaient voisines de l'Espagne où les mœurs l'emportaient sur les lois et où l'on eut grand'peine au xiii^e siècle à imposer une simple limite à l'intérêt. » A noter encore que la

coutume d'Alais promulguée de 1216 à 1222, limite la croissance des intérêts encore dûs au montant du capital, quel que soit le retard (Olim, t. IV, p. 1496.)

Mais c'est en Italie que nous trouvons les renseignements les plus nombreux et les plus instructifs ; une considération qui n'est peut-être pas étrangère à ce fait est que le prêt à intérêt et aussi les Juifs semblent y avoir été moins traqués, moins fréquemment l'objet de spoliations soudaines et brutales qu'ils le furent en France.

Chez Pertile (*op. cit.*, 4, 604 et suiv.) nous relevons les taux suivants :

Padoue (1124).....	30 0/0
Venise.....	60
Aquilée.....	32 1/2, 48 3/4 et 65
Cons. Bar. Andr.....	16 2/3 et 33 1/3
Padoue.....	20 et 30
Come.....	30
Côme.....	37 1/2
Gênes.....	15
Ivrée.....	20
Turin (1551).....	46, 32, 15 et 10
Padoue, xiv ^e et xv ^e siècles...	35 et 40
Frioul (1317).....	65
Moncalieri.....	40
Venise.....	20

Milan.....	25 et 31 2/7
Milan.....	15
Coni.....	30
Sassari (1316).....	30

Cela forme une série de 27 exemples de taux différents. Si on élimine les 8 plus forts et les 8 plus faibles et si on fait la moyenne des autres on trouve un taux de 30 o/o, c'est-à-dire environ 1/3.

C'était le taux que nous avons trouvé à Saint-Marcouf.

En quittant la question du taux sans toutefois sortir de celle de l'intérêt on peut remarquer que les Juifs se faisaient fort souvent reconnaître le double de la somme prêtée réellement (v. Pertile, 4, 604, 58 et 605, 59). Ce chiffre du double doit avoir une signification ; car c'est toujours lui que nous rencontrons et il est tout à fait en usage. La solution s'en trouve, à notre avis, dans une limitation d'intérêts au double telle que celle que nous venons de voir dans la coutume d'Alais (limitation sortie ou non du domaine du droit positif, peu importe).

Laissons de côté l'étude du mort-gage qui a déjà fait l'objet d'études trop précises et trop détaillées (comme par exemple dans Génestal, *op. cit.*) pour qu'une étude générale comme la nôtre puisse faire œuvre utile et arrivons au cheptel dont nous n'étudierons du reste que quelques détails particuliers.

En ce qui concerne l'histoire du cheptel en droit français l'ouvrage qui se recommande le plus pour sa commodité est la thèse de d'Argaignon, *Des Cheptels*. Toulouse, 1900. On y trouvera résumées les données principales exposées dans les ouvrages des auteurs suivants de notre ancien droit : Pothier sur la coutume d'Orléans, Thomas de la Thaumassière sur celle de Berry, Guy Coquille sur celle de Nivernais, Auroux des Pommiers sur celle de Bourbonnais. Il n'est pas dit un mot de Chasseneux. Pour le droit italien nous ne saurions mieux faire que de renvoyer au traité de Pertile (*op. cit.*, 4. 644 et suiv.)

Un premier détail curieux, auquel je n'attache pas du reste une très grande importance, est le suivant. L'article 1818 de notre Code civil actuel, suivant en cela les coutumes de Berry et de Nivernais dispose que si le cheptelier a fourni la moitié du fonds de bétail, les profits se répartissent en principe comme dans le cheptel simple, et le preneur peut à la fin du contrat reprendre une quantité d'animaux égale à celle qu'il a fournie, c'est-à-dire la moitié du capital. (Pour plus amples explications v. d'Argaignon, *op. cit.*, p. 167.) Nous signalerons certains textes où il en va différemment ; notamment au grand ouvrage intitulé : *Tractatus illustrium... jurisconsultorum*. Venise, éd. 1584, tome VI, 1^{re} partie. De societatibus, 132. 2. Le preneur pour avoir le droit à la fin

du contrat de prendre la moitié de tous les animaux, y compris ceux-ci fournis par le maître n'a besoin de donner au début que le tiers (et non la moitié), quand il s'agit de juments et de vaches. La règle est la même pour les chèvres et brebis (*id.* 132. 13) ; en ce qui concerne les truies, le cheptelier n'a besoin de rien fournir du tout au début, pour avoir droit à la fin à prendre la moitié du total (*id.* 132. 14). Comme on peut le voir le cheptel à moitié qui dans le premier système est plus désavantageux pour le cheptelier qu'un cheptel simple peut être aussi favorable pour lui avec le second ; même, dans le cas des porcs l'avantage de celui-ci devient considérable. (Cf. Pothier. *Des Cheptels*, II, 22.)

Sur cette question des partages il peut encore être intéressant de relever une disposition des Stat. di Rovigno de 1531 (dans Pertile 4. 645. 30.) « Tutte le soccide debbino intendersi per anni cinque de animali menudi ; quali animali et frutti de quelli nassuti si habbia a spartir per mittade al termine della frua ; veramente si trazera la latte, formazo et lane et similia per terzo non intravegnando altri patti tra padron et socedal. — Delle socede de animali grossi, similiter habbino a durar par anni 5, al termine si habbia spartir tali animali et frutti de quelli nassudi per terzo, le due terze parti al padron et la terza al socedal. »

Ce mode de répartition est assez rare pour mérit-

ter d'être retenu ; on remarquera notamment que pour le petit bétail la part du padron est tantôt de moitié, tantôt des deux tiers, suivant qu'il a ou non des laitages et laines (1).

L'étude de la durée du contrat n'est pas sans offrir un certain intérêt. Certaines coutumes, comme celle de Bergerac par exemple, article 115, disent que : « le maistre du bestail pourra toutesfois et quantes qu'il voudra, contraindre le cabalier de venir à partage du fruit » « poterit mandare dictum nutritorem de yshic exegar » dit le texte latin, ce qui montre qu'il s'agit d'un exig, qui peut être total ou partiel. Dans ce premier système le contrat n'a pas de durée fixe ; il finit quand le maître veut qu'il en soit ainsi. Le cheptelier avait-il la même faculté ? ce n'est pas très certain. (V. Coquille, quest. 85.)

D'autres coutumes comme Nivernais, article 9, permettaient l'exig une fois au cours de l'année, à un jour du reste différent s'il était demandé par le bailleur ou par le preneur.

Mais dans d'autres coutumes encore nous trouvons des délais de plusieurs années et presque tou-

1. Ang. Perigly de Perusio disait au contraire que pour l'équité le cheptelier devrait avoir les $\frac{3}{4}$ du profit, tout en ne subissant que moitié de la perte. Son opinion se trouve rapportée dans Chassenaeus, p. 779.68. Quant au texte de Perigly il se trouve au *Tractatus illustrium*, t. VI, 1^{re} partie au chapitre de la soccida.

jours trois ou cinq ans. En Berry par exemple c'était trois ans. Dans les *Consuetudines Ducatus Burgundiae* de Chassenaeus en principe le délai est de cinq ans pour le gros bétail : *animalia grossa* et trois ans pour le petit. Il faut remarquer que Chasseneux suit en cela le *Tractatus illustrium* (2). En Normandie dans des actes datant de la seconde moitié du xiv^e siècle nous trouvons trois et cinq ans tant pour des vaches que pour des brebis (Delisle. *Classe agricole*, 221.5).

Les statuts de Ravenne fixent la durée légale à quatre ans ; c'est là une exception au milieu des autres lois et coutumes. A Ferrare c'est cinq ans, qu'il s'agisse de gros ou petit bétail ; par contre à Cadore (en Vénétie) il paraît être d'une manière générale de trois ans (Pertile, 4.645.29 b). Les statuts de Rovigno indiquent cinq ans tant pour le gros que pour le petit bétail. Un document de 1356 (dans Pertile, 4.644.29), relatif à une truie stipule explicitement le délai de trois ans.

On voit que comme nous le disions un peu plus haut ces délais de cinq et de trois ans ont une importance particulière. Le premier, à mon sens, doit s'expliquer par ce fait que c'était le délai habituel du louage chez les Romains ; quand au second

2. Pertile (4.648.44) dit d'une manière trop large : « In Francia e Svizzera durava (le cheptel : *socida*) tre anni pel bestiame minuto, cinque pel grosso.

je crois qu'il était à une époque antérieure en rapport avec un taux d'intérêt de 33 o/o, ainsi que nous l'avons vu en Irlande.

La variété peut-être la plus intéressante dans l'histoire du droit des deux pays que nous étudions en ce moment, serait celle du cheptel de fer. Comme nous le savons, cette expression est d'origine hébraïque, tson barzel dit la Mischnah ; en Italie on trouve surtout la locution : a capo salvo. L'Église, qui prohibait le prêt à intérêt, devait également prohiber le cheptel de fer, qui, s'il n'est pas un véritable mutuum à intérêt, puisque la propriété des animaux n'est pas transférée au preneur, présente néanmoins avec lui des affinités incontestables. Cependant le cheptel de fer ne fut défendu qu'à une époque bien postérieure à celle du prêt de deniers avec stipulation d'usure. La prohibition d'ailleurs se fit suivant un processus analogue ; d'abord limitée aux clercs elle ne fut que par une série d'étapes successives rendue obligatoire pour les laïques. Ainsi en 1297 un synode de Plaisance, rapporté dans Pertile (4.654.67), édicte : « statuimus quod nullus clericus exerceat usuras, vel natus faciat, aut socidas ad caput salvum. » Beaumanoir avait bien entendu parler de l'usure qui résidait dans le cheptel de fer ; mais la manière dont il en parle montre qu'il n'avait pas très bien compris. Il nous dit en effet, n° 1921. : « De tous useriers i a qui baillent leur bestes a louier en tele maniere que, se

les bestes muèrent, cil quil les pristrent sont tenu au rendre les bestes et le louer. En ceste marcheandise puet avoir usure en aucun cas et en aucun cas non. Car, se je loue mon cheval et il muert entre les mains de celui qui le loua, ce n'est pas usure se je vueil ravoir mon cheval atout le louier ; et aussi de ma vache ou de mes brebis puisque cil qui les loua mettoit les pourfis des bestes en son preu, par le louer rendant. Mes se je bailloie ma vache ou mes brebis en tele maniere que tuit li fruit fussent mien pour prest de deniers ou d'autre chose et les bestes mouroient sans les coupes de celui qui de par moi les avroit en garde, et je les vouloie ravoir par ce qui fu convenancié, ce seroit usure, et teles usures apele l'en bestes de fer, pour ce qu'elles ne pueent mourir a leur seigneur. »

En 1360 un synode de Padoue prohiba la *soccida a capo salvo*. Mais comme ce contrat était doué d'une vie résistante il persista ; et ce ne fut que la bulle *Detestabilis* de Sixte-Quint en 1586 qui finit par en obtenir la disparition complète.

En France, avant cette époque on trouve le cheptel de fer dans les pays les plus variés. Sans compter Beaumanoir qui sans s'en douter considère ce contrat comme la règle normale en matière de louage d'animaux, nous trouvons des exemples du cheptel de fer en d'autres régions. La coutume de Berry qui prohibe d'une manière aussi expresse cette conven-

tion, en répétant plusieurs fois cette interdiction et de manière différente semble bien s'attaquer là à un vieil usage qui est dur à déraciner (1). En Bourgogne Chasseneux condamne le cheptel de fer ; mais il constate qu'il y était très fréquent encore de son temps : « alium et septimum casum addo, in quo multi errant et qui versatur in hac patria, qui multos ducit ad inferos, qui est talis videlicet quando quis dat bovem rustico, et semper remanente capitali salvo, ita quod nunquam moritur hinc dicitur « Les beufs desertz » tenetur rusticus singulo anno dare certum quid domino bovis, puta duas mensuras frumenti, vel plus vel minus (2). »

En Sardaigne (1500) (Pertile, 4.654.75) nous trou-

1. Ces redondances sont passées pour la plus grande partie dans notre code civil où elles ont même parfois donné lieu à des confusions. Ainsi certains auteurs ont pensé par exemple que l'article 1811, deuxième alinéa (que le preneur supportera la perte totale du cheptel...) se rapportait à l'article 1810, tandis que c'est tout simplement la prohibition du cheptel de fer. L'article 1811, troisième alinéa, était suffisant.

2. A signaler ici une curieuse coquille qui n'a pas encore été relevée à ma connaissance ; c'est l'expression « beufs desertz ». Dans l'édition de Chasseneux dont je me suis servi et qui est celle de 1582 il n'y a pas « boves deserti » ; mais elle existe dans d'autres. Ce qui est curieux c'est que Huck. Viehverstellung, p. 240. — Stobbe. Handbuch, III. Viehverstellung, note 56. — Pertile 4.654.74 notent ces mots sans s'en étonner. Il est pourtant visible que « beufs desertz » n'a pas de sens et qu'il y a une faute ; qu'il faudrait à la place beufs de fer.

vons le contrat suivant qui commençait déjà à être sérieusement attaqué. Bail de 100 brebis avec risques entièrement pour le preneur — non trobantse (le maître) las ovellas, la valor de aquellas — et redevance annuelle de « sinch quintars de formages, y sinch moltons. » A Florence (1415) nous trouvons notre contrat considéré comme licite, et même, semble-t-il il y est la forme type de cheptel, et les produits sont partagés par moitié. (Pertile. 4.645.32). « Locationes bestiarum ad soccidam ad caput salvum, vel in guardiam ad medium. »

Enfin signalons deux passages curieux ; le premier se trouve au *Tractatus illustrium*. 6.1.132.2. « Et nigrum sic dicit : Si quis dederit vaccam alicui, ut haberet eam iure societatis et non dixit de tempore, debet eam tenere per quinque annos, et omnes vituli debent partiri per medium, et ille qui dedit vaccam debet habere pro capo salvo si nihil dictum est. »

Dans les gloses des *Pandectes* nous trouvons aussi quelque chose de semblable. (*Digestum vetus*. Parisiis 1559 t. I, p. 1699) Sous : « Ideoque si pecus aestimatum datum sit. » Livre XVII. Titre II. Pro socio. — Datum sit. Sic ut pretium eius reddatur si lata uel levis culpa acciderit : ut tunc non dubitaretur : alias etiam fortuitum casum praestaret.

Ces deux textes ont l'air un peu égarés ; le premier l'est même sûrement. Le *Tractatus* en effet

condamne formellement et expressément le cheptel de fer. Cette considération n'a pour nous du reste aucune importance. Ce que nous voyons et c'est ce qui est capital pour nous, c'est qu'à une époque un peu plus ancienne le cheptelier supportait tous les risques et devait néanmoins rendre au bailleur la moitié des veaux. (1).

1. De ce fait on peut rapprocher celui indiqué par Delisle. *Classe agricole en Normandie*, p. 54. « (Le propriétaire) imposait au fermier l'obligation d'entretenir en bon état les bâtiments d'exploitation. »

LA FRANCE ACTUELLE

Les principales questions relatives au bail d'animaux dans notre droit français actuel se posent à propos du ou des cheptels dont notre Code civil s'occupe dans les articles 1800 à 1831. Le sujet a été traité plus ou moins longuement par tous les civilistes ; parmi les études consacrées au cheptel j'en relèverai surtout une, c'est la thèse de d'Argaignon intitulée *Des Cheptels* (Toulouse, 1900). Ce n'est point qu'elle contienne beaucoup d'idées nouvelles ; mais c'est un travail consciencieux où se trouvent réunies et classées les diverses opinions qui ont été émises. Comme nous ne pouvons consacrer que quelques pages à cette question nous nous contenterons de renvoyer en principe le lecteur à cette monographie (1), supposant connu de lui tout ce qu'elle contient ; nous comptons ainsi nous dispenser de

1. Dans les *Pandectes françaises*. Répertoire alphabétique, mot Cheptel, on trouvera aussi un bon article sur ce sujet ; d'Argaignon semble du reste s'en être beaucoup servi, spécialement pour le droit comparé.

fournir aucune référence ni aucune indication bibliographique, sauf pour ce que nous connaîtrions et qui ne se trouverait pas dans l'ouvrage susmentionné. Le présent chapitre détruit en un certain sens l'unité de notre plan; car tout le reste pourrait à la rigueur être considéré comme tendant à la recherche des caractères du bail d'animaux primitif, tandis que ce que nous allons dire ici n'est d'aucune utilité sous ce rapport. Néanmoins notre titre nous autorise à n'éliminer de parti pris aucun problème relatif au bail d'animaux, et d'autre part le cheptel a pour notre droit français à la fois un intérêt théorique et un intérêt pratique; au moins à notre avis. Car les traités et manuels de Droit civil parlent du cheptel d'une manière de plus en plus brève. La progression décroissante semble telle qu'en 1920 il n'en sera plus du tout question. Ce stade a été atteint comme on le sait par l'empire allemand en 1900.

Nous n'étudierons que quelques questions seulement relatives au cheptel; pour toutes celles qui ont été traitées d'une manière satisfaisante on n'aura qu'à se reporter aux auteurs de droit civil et particulièrement à l'ouvrage que nous avons indiqué.

Nature du contrat de cheptel. — Le premier point que nous examinerons est la nature du contrat; la question se pose tout d'abord à propos du cheptel simple. Deux théories principales sont en présence :

l'une affirme que c'est un louage de choses, l'autre que c'est une société ; même une troisième moins répandue prétend que c'est un louage d'ouvrage. Disons tout de suite que nous repoussons ce dernier système ; cependant nous ne l'examinerons pas ici ; il se représentera avec plus de force dans une convention voisine sur un terrain meilleur pour lui ; c'est là que nous le combattons. Le discuter ici serait faire double emploi et nous assurer un succès trop facile.

Aussi ne nous occuperons-nous que des deux premières théories : louage de choses et société. La seconde, par laquelle nous commencerons, énonce ses propositions de la manière suivante :

Le cheptel présente tous les caractères de la société.

1^o Apport par chacune des deux parties ; celui du bailleur consiste dans la jouissance du bétail : celui du preneur dans ses soins et la nourriture des animaux ;

2^o Partage des bénéfices.

3^o Partage des pertes.

C'est donc par conséquent un véritable contrat de société.

Des deux opinions en présence c'est celle qui compte le plus de partisans. (Aux auteurs cités dans d'Argaignon on ajoutera M. Planiol). Cette théorie qui semble si simple et si rationnelle se heurte cepen-

dant à une série d'objections que la théorie adverse n'a pas suffisamment mises en lumière.

Il résulte de l'article 1832 que les caractères de la société sont au nombre de deux : la constitution d'un fonds social et le partage des bénéfices et pertes. Si on va bien au fond des choses et si on se préoccupe des données fournies par la pratique, on s'aperçoit que des deux caractères c'est le premier qui est le plus important. En effet d'un côté il peut y avoir pour une personne un droit de société sans qu'il y ait véritablement partage de pertes et de bénéfices. C'est notamment le cas des actions à revenu fixe. Les actions de préférence (en France nous disons plutôt privilégiées) à revenu fixe sont très fréquentes en Angleterre et aux Etats Unis ; les bourses de Bruxelles et d'Anvers nous en fournissent également un certain nombre d'exemples. Le dividende de ces titres est limité à un taux fixe (parfois bas comme notamment le Midland Rly en Angleterre, parfois élevé comme par exemple pour le Chicago, Milwaukee and Saint Paul, le Great Northern, le Minneapolis, Saint Paul and Sault Sainte Marie et surtout le Chicago and North Western) ; quels que soient les bénéfices, ces actions de préférence n'ont droit qu'à la rémunération convenue, le surplus appartenant aux actions ordinaires. D'autre part en ce qui concerne les pertes celles-ci ne peuvent naturellement se manifester pour les actionnaires qu'à la dis-

solution de la société. Les actions de préférence seront intégralement remboursées avant que les actions ordinaires reçoivent quoique ce soit ; d'autre part si le produit de la liquidation permettait de rembourser toutes les actions pour leur montant nominal et qu'il restât un excédent, celui-ci profiterait exclusivement aux actions ordinaires. Dans ces conditions il semble bien difficile de parler d'un partage des pertes et bénéfices. Il n'est pas douteux toutefois que l'action de préférence ne soit bien un titre de société, elle contribue à la formation du fonds social et le capital formé par ces titres vient s'ajouter à celui des actions ordinaires pour former la marge de garantie qui est le gage général de tous les créanciers de la société. Ces actions de préférence sont je le reconnais, extrêmement rares chez nous ; mais ce n'est pas dans notre législation que réside l'obstacle sur ce point. Si elles ne sont pas plus nombreuses cela tient simplement à ce que le goût des capitalistes ne les y porte pas comme dans d'autres pays ou tout au moins que les établissements financiers qui président aux émissions sont d'avis qu'ils les placeraient difficilement.

D'un autre côté on admet que la stipulation d'un partage de bénéfices n'a pas par elle-même pour effet de faire considérer le contrat envisagé comme une société. Le caractère principal de la société, c'est donc l'existence du fonds social. Ceci posé, exami-

nons de près le fonds social qu'on obtient dans le cheptel.

Pour donner une base plus précise à notre examen nous nous occuperons de l'hypothèse suivante qui peut au reste être considérée comme typique. Un premier individu A remet à un second individu B un certain nombre de vaches. Le profit partageable dans ces conditions consistera dans les veaux que pour plus de simplicité (c'est du reste la règle ancienne) nous supposerons être partagés au bout de l'année.

L'apport de A c'est la jouissance du bétail, celui de B ses soins et la nourriture qu'il procurera aux animaux. On fait remarquer que l'apport de B n'a rien que de très ordinaire, que c'est le même fait qui se passe dans une commandite. Quant à l'apport de A, on observe qu'un apport peut être formé de la jouissance d'une chose, d'un immeuble par exemple. Nous remarquerons à notre tour que pour l'apport de travail dans la commandite il a fallu déjà une extension de l'idée de société. Le droit hébraïque d'où dérive indirectement la commandite moderne ne la considérait pas comme une véritable société. Il la rapproche pour partie du prêt et pour partie du dépôt avec mandat. N'insistons pas sur cette considération rétrospective. De toute façon on ne peut s'empêcher de trouver qu'on obtient dans le cheptel un singulier fonds social au moyen de la réunion de

la jouissance d'un certain nombre de vaches et d'une certaine quantité de travail (et d'autre chose.) Si l'apport de A est fort bien déterminé celui de B ne l'est pas du tout ; on en a une idée approchée, il n'est pas possible de dire à l'avance exactement en quoi il consistera sauf par cette expression qui est l'aveu de l'impuissance où on se trouve de dire quelque chose de précis : tout ce qu'il faudra.

Supposons maintenant que le délai n'a pas été fixé ; qu'il a au contraire été convenu que le contrat pourrait être rompu en tout temps par la volonté de l'une des parties ; stipulation dont la lecture de nos anciens textes nous montre la fréquence dans notre ancien droit et qui aujourd'hui n'aurait absolument rien d'illicite. L'apport de jouissance aura évidemment plus ou moins de valeur suivant que le contrat aura duré plus ou moins longtemps. Mais c'est au moment de la formation du contrat que nous devons nous placer pour en apprécier la valeur. Comme la convention peut finir d'un moment à l'autre par la volonté de l'un des deux il en résulte que la valeur actuelle au moment de la conclusion du contrat ne peut être considérée que comme nulle. Il en est de même en sens inverse de l'apport du cheptelier.

Passons maintenant à un point différent, mais voisin. L'utilité de la théorie du fonds social est de créer une universalité au moins de fait qui aura un

actif à faire valoir contre des tiers et pourra avoir un passif également vis-à-vis des tiers. Dans le cas du cheptel quel passif cette prétendue société pourrait-elle avoir envers des tiers ? S'il y a une contestation relative à un droit sur les animaux, par exemple sur le droit de propriété A sera seul en cause. S'agit-il d'obligations contractées pour la nourriture des animaux, le cheptelier seul en sera tenu. S'agit-il d'obligations résultant par application de l'article 1385 de dégât causé par les bêtes, on admet avec juste raison que le cheptelier ayant seul la garde, doit également en être seul tenu. Il faut encore éliminer celles provenant d'un contrat d'assurances sur la mortalité du bétail. Ou bien ce contrat n'est intervenu qu'entre le tiers assureur et l'une des parties seulement, dans ce cas celle-ci seule sera obligée vis-à-vis de l'assureur : ou bien le contrat a été accepté par A et par B, alors A et B en seront tenus tous deux, mais ce ne sera pas en vertu du cheptel, ce sera en vertu de l'assurance. Un cas reste cependant : c'est quand les animaux sont malades et que les soins d'un vétérinaire deviennent nécessaires. On admet, avec raison selon nous, que lorsque l'état d'un des animaux réclame les soins d'un homme de l'art, chacune des deux parties peut demander que l'animal soit soigné convenablement. Les frais de vétérinaire et de médicaments devront être payés par moitié par A et B. On peut à la rigueur considé-

rer qu'il y a là un passif de société. Toutefois il faut remarquer que l'existence de cette obligation sera admise, quelle soit la théorie qu'on adopte sur la nature du contrat. Chacun des deux a intérêt et droit à la conservation de la chose ; la perte de l'animal si elle se produisait serait supportée par moitié. Il est par suite de simple bon sens que les frais qui ont empêché la mort de l'animal soient supportés de la même façon, et dans la même proportion, que la perte résultant de cette mort aurait elle-même été supportée. Enfin nous remarquerons qu'il s'agit là d'un cas exceptionnel et que normalement cette société ne saurait avoir aucune espèce de passif envers les tiers.

Ceci m'amène à envisager la question de l'exploitation. Le fonds social une fois constitué il faut l'exploiter et l'administrer conformément à sa destination. Cette administration devra sans doute comme toute autre analogue se composer d'éléments de fait et de droit. Cependant il n'en est rien. Ce n'est pas cette prétendue société qui administre son fonds social ; c'est le cheptelier ; c'est l'un seulement des associés. Le cas n'est pas le même du tout que quand un commanditaire gère le fonds social pour le compte de la société ; le cheptelier ne gère pas le fonds social pour le compte du cheptel ; il le gère pour son propre compte et à forfait. Bien plus il faut remarquer que c'est en cela que consiste son apport, et

même tout son apport. Notions bizarres et contradictoires !

Arrivons maintenant au partage des bénéfices et des pertes. Quels sont ces bénéfices à partager ? Dans l'exemple que nous avons pris tout le monde est d'accord ; ce sont les veaux. Ce n'est là cependant qu'une partie des profits à retirer des vaches et peut-être même pas la plus importante ; lait et fumier appartiendront exclusivement au cheptelier. Cela lui est dû sans doute en considération de ce fait qu'il s'est chargé à forfait de tous les frais d'exploitation ; il n'en est pas moins vrai qu'il y a là une grave atteinte au principe du partage des bénéfices.

Quelles sont les pertes qu'il pourra y avoir à supporter ? Ce sera la mort qui pourra surprendre les animaux sans la faute du cheptelier. C'est peut-être ici que la faiblesse de la théorie de la société se dévoile le mieux. En effet si le profit partageable : les veaux, provient bien de l'exploitation du fonds social, la perte à supporter n'a aucun rapport avec ce dernier. La mort naturelle n'est pas une charge de jouissance en droit français (non plus que dans notre ancien droit et en droit romain), mais du droit de propriété. *Res perit domino*. En l'absence du contrat de cheptel, c'est A qui supporterait la perte de son bétail. Si donc une vache vient à mourir et que la perte soit supportée par moitié, il ne faudra pas dire que c'est une perte pour A, il faudra dire que

c'est un avantage, que c'est un bénéfice. Pour A que l'affaire marche bien ou qu'elle marche mal il y a toujours bénéfice. A la rigueur il peut arriver qu'il n'y ait pas de bénéfice c'est quand les veaux mourront sans que les vaches meurent. Mais tout au moins ce qu'on peut dire de strictement exact c'est qu'exceptionnellement le bénéfice peut devenir nul; jamais il ne peut y avoir de perte pour A.

La difficulté s'élève encore de ce fait que le cheptelier se trouve ainsi subir un risque inhérent au droit de propriété. La seule réponse qu'on puisse faire (elle se trouve en réalité formulée dans Pertile, t. IV, *loc. cit.*) c'est qu'il y a là une sorte d'assurance où le cheptelier joue le rôle d'assureur. Doit-on donc alors considérer le cheptel non pas comme un contrat, mais comme la combinaison de deux contrats : une société et une assurance ? Nous ne le croyons pas. En effet partout et toujours le cheptel nous apparaît comme un contrat unique. Doit-on plutôt admettre qu'il y a là une stipulation d'assurance accessoire à un contrat de société ? C'est là une théorie singulière et alambiquée, peu conforme du reste au développement historique. Mais quelle serait la rémunération de cette stipulation d'assurance ? On a toujours considéré que lait et fumier étaient pour le cheptelier la compensation des frais d'entretien du bétail et que la participation dans les veaux avait pour raison d'être la participa-

tion dans les pertes (cela résulte d'ailleurs de notre art. 1811). Ce fait qui est toujours considéré comme l'application élémentaire des principes du contrat de société est la négation même de ce dernier contrat. Car le partage des pertes ne fait pas partie de la société, mais de la stipulation d'assurance ; il en est de même du partage des bénéfices. Dès lors tout s'écroule, il ne reste plus aucun élément constitutif de société, ni apport, ni partage.

Cette théorie de la société dont nous sommes redevables au droit romain (lequel semble-t-il n'a connu le cheptel que comme institution hébraïque) est absolument inadmissible.

Il y a encore une autre raison que nous verrons tout à l'heure. Pour le moment, avant d'examiner la théorie du louage de choses, je voudrais m'occuper d'un autre contrat, celui dont parle l'article 1831. Précisons notre espèce type. Un individu A remet à un autre B un certain nombre de vaches *n*. A conserve le risque total de vaches ; mais les veaux lui appartiendront. Quelle est cette convention ? Heureusement pour nous, le texte n'en dit rien. Ce contrat est généralement tenu pour un louage d'ouvrage ; pour nous c'est un louage de choses. La théorie qui voit dans le cheptel un louage d'ouvrage et dont le principal représentant est Laurent, n'est qu'une extension de la théorie dominante sur la matière du contrat qui va nous occuper.

Voici ce qu'on dit : L'ouvrage est l'élevage des veaux (et l'entretien des vaches) ; la rémunération est le laitage et le fumier abandonnés à l'éleveur. — Comme on le voit ce n'est pas un raisonnement, c'est une affirmation. Voyons si les choses peuvent être ainsi considérées. Examinons de près le louage d'ouvrage quand il comporte une remise de la chose par son propriétaire à l'entrepreneur. Le but du contrat est toujours le même : transformer la chose ou la réparer. Réparer c'est encore transformer ; c'est avec une chose en mauvais état, faire une chose en bon état. Reprenons notre hypothèse. Quelle transformation l'éleveur fait-il subir à la chose ? Celle-ci tout simplement que le propriétaire a remis au début de l'année des vaches sans veaux et qu'il recevra des vaches avec des veaux. Il est impossible de voir dans ces veaux une transformation ; car ce sont des fruits. Exploiter une chose conformément à sa destination en lui faisant produire normalement des fruits en rapport avec sa nature, ne saurait en aucune façon à aucun degré être tenu pour une transformation. Par conséquent la théorie du louage d'ouvrage est à rejeter.

Jusqu'à présent nous n'avons fait que démolir ; il est temps de songer à reconstruire. Je m'occuperai d'abord du dernier cas. Les vaches sont remises à l'éleveur pour qu'il en jouisse et les exploite conformément à leur destination naturelle ; le loyer con-

siste dans les veaux. Telle est notre manière de concevoir la situation. Je ferai remarquer d'abord qu'il ne s'agit pas là d'une simple réserve de fruits. Il est en effet impossible de dire que le veau préexiste dans la vache et que c'est un produit spontané, comme ce serait le cas pour les pommes d'un pommier, qui ne demanderont aucun soin pour venir à maturité. Les fruits de l'animal sont le résultat de la combinaison de la puissance productive du capital bétail avec les labeurs et nourriture fournis sans cesse par l'éleveur. Je ferai maintenant remarquer que le loyer peut consister dans une portion des fruits de la chose et que c'est bien ici le cas. En allant bien au fond de la question on peut même dire que par certains côtés les veaux devant former la rémunération du propriétaire participent de certains caractères des choses fongibles. N'existant pas encore en nature au moment de la formation du contrat ils ne peuvent à proprement parler être déterminés individuellement qu'au fur et à mesure de leurs naissances. Jusque là ils ne le sont que par certaines conditions qu'ils doivent remplir. Deux conventions voisines apporteront encore quelque lumière : Le propriétaire d'un champ le remet à un cultivateur pour en jouir et l'exploiter à charge de lui fournir chaque année n hectolitres de blé provenant de ce champ.

Il n'y a aucun doute qu'un semblable contrat ne

soit un louage de choses. Voici maintenant une autre espèce. Le propriétaire d'un certain nombre de vaches les remet à un cultivateur à charge par celui-ci de lui remettre au bout de l'année un certain nombre de veaux. Cette hypothèse n'est pas une pure invention de notre part ; c'est la règle normale dans la coutume de Magdenau (v. notre chapitre sur l'Allemagne). Un tel contrat est évidemment un louage de choses. Si comme condition on ajoute que les veaux formant le loyer devront provenir des vaches formant le capital du contrat, cela ne modifie pas la nature de la convention. En effet on a bien resserré le cadre de la fongibilité, mais le caractère de choses fongibles reste indiscutable. Remarquant maintenant que les jumeaux sont très rares dans l'espèce bovine, il en résulte qu'entre 1^o la stipulation, le capital étant n vaches de fournir n veaux venant de ces vaches, 2^o celle de fournir les veaux des vaches, il n'y a qu'une différence qui doit être considérée comme négligeable et qui en fait a à toute époque été négligée. La question ne présente en effet d'intérêt qu'au cas où des veaux naîtraient jumeaux et vivraient. Aucune objection sérieuse ne s'élève donc contre l'opinion qui voit un louage de choses dans le cas de l'article 1831, et même l'étude des hypothèses voisines nous conduit directement à l'adoption de cette théorie.

Cette étude de l'article 1831 va nous être d'un

grand secours pour celle de la nature du cheptel simple. En effet le cheptel simple se trouve situé à égale distance et au milieu de deux contrats qui sont d'une part celui de l'article 1831 et d'autre part le cheptel de fer organisé par notre article 1821. En effet dans le cas de l'article 1831 le propriétaire A supporte tous les risques et a par contre le profit complet des veaux ; dans celui de l'article 1821 il ne supporte aucun risque, mais n'a aucun droit aux veaux. Dans le cheptel simple il supporte la moitié des risques et a la moitié des veaux ; du moins pour ce dernier contrat en principe, car il est reconnu unanimement qu'il peut revêtir n'importe quel état intermédiaire entre les articles 1831 et 1821, pourvu que la part de A dans les risques ne soit jamais inférieure à la part dans les veaux. Or l'article 1831 vise un cas de louage de choses ; l'article 1821 est considéré de son côté d'une manière générale comme un louage de choses également. Par conséquent le cheptel simple est lui aussi un louage de choses.

Telle est la solution qui doit être donnée sous l'empire de notre Code civil. Si maintenant nous nous dégageons de tout asservissement à un texte concret quelconque, nous remarquerons que la participation dans la perte et le partage des veaux sont choses entièrement distinctes.

En Gaule, en Grèce, chez les Hébreux nous voyons le bailleur prélever la moitié du croît et cependant

les pertes du bétail sont entièrement à la charge du preneur ; c'était déjà du reste un adoucissement de la condition de celui-ci, car dans un état plus primitif encore (comme nous le verrons au chapitre : Conclusion) le preneur devait subir toute la perte et rendre les veaux intégralement. La situation du preneur s'est d'abord améliorée en ce qui touche le taux de la rémunération et cette amélioration nous la constatons dans plusieurs pays. Cette situation s'est améliorée ensuite en ce qui concerne les risques ; mais ici à vrai dire nous ne constatons cette amélioration avec certitude que dans un seul pays ; chez les Hébreux, peut-être au moment de la mischna, beaucoup plus probablement à une date postérieure. En France et en Italie la prohibition du cheptel de fer est d'origine hébraïque, comme le démontrerait au besoin l'expression même de cheptel de fer. Chose curieuse, ici ce n'est pas à l'Ancien Testament que l'Eglise a puisé, c'est au Talmud. Dans ces conditions la rémunération du bailleur à cheptel consistant dans la moitié du part, il n'y a rien à dire à ce sujet ; pour ce qui concerne le partage de la perte, il n'a pas sa source dans le partage des veaux, mais dans la vieille règle de la responsabilité du détenteur ; règle qui partout ailleurs a disparu pour faire place à la règle inverse, mais qui s'est ici arrêtée à moitié chemin.

De ce qui précède et de la conclusion que normalement le cheptel est un louage de choses, il n'en

résulte pas qu'il le soit toujours. Voici l'espèce : Le propriétaire d'un certain nombre n de jeunes animaux encore improductifs les remet à un cultivateur pour une certaine durée, un an par exemple avec convention d'un partage du profit. Ce sont par exemple des veaux de un an qu'il s'agit de mener à deux ans. Ici il n'y a pas de louage de choses parce que ces animaux ne sont pas susceptibles de jouissance : tout le profit qu'ils donneront consiste dans leur accroissement. Cet accroissement ne présente ni l'un ni l'autre des deux caractères des fruits à savoir : 1° le renouvellement périodique ; 2° la possibilité d'être séparé du capital pour ramener celui-ci dans son état primitif. Ici il y a une véritable transformation de la chose : aussi admettrons-nous que dans ce cas nous avons affaire à un louage d'ouvrage. Pratiquement les deux sortes de cheptel simple sont on ne peut plus simples à distinguer. Dans ce dernier cas il faudra en effet que le propriétaire conserve la totalité de ses animaux en payant en argent ou denrées au cheptelier l'équivalent de sa part de profit ; ou bien à la rigueur ce payement peut avoir lieu au moyen du bétail lui-même en lui abandonnant une quantité de bétail convenable. Dans ce cas le propriétaire aura à la fin un moins grand nombre d'animaux qu'au début. Dans l'hypothèse la plus simple, si la part du cheptelier est de la moitié du croît en appelant a la valeur finale de chaque bête à la fin du temps, b la

valeur initiale, n le nombre de têtes que nous supposerons toutes semblables entre elles. Le nombre d'animaux que le cheptelier aura le droit de prélever à la fin sera de :

$$\frac{(a - b) n}{2 a}$$

Le cas suivant est plus embarrassant. Le propriétaire d'un certain nombre de vaches n les remet à un éleveur en même temps qu'une certaine quantité, par exemple $\frac{n}{2}$ de jeunes animaux improductifs, avec convention que l'éleveur aura pour lui non seulement les laitages des vaches, mais les veaux de l'année, le seul avantage du propriétaire devant être la croissance des jeunes animaux fournis en même temps que les vaches. Les risques seront à la charge de n'importe qui, peu importe. Y a-t-il là un louage d'ouvrage ou un louage de choses ? L'hypothèse est sérieusement embarrassante. D'un côté il y a remise d'une chose (les vaches) à une personne pour que celle-ci la détienne, administre et en ait la jouissance et ce sont là des caractères très nets du louage de choses. D'un autre côté en ce qui concerne les jeunes animaux il y a transformation, c'est-à-dire louage d'ouvrage. La situation se trouverait très simplifiée si le contrat durait un certain nombre d'années et que chaque année le bailleur fournit un certain nombre de jeunes animaux pour les reprendre à la fin de

l'année, et en donner d'autres l'année suivante ; il y aurait louage de choses. Mais même en dehors de cette hypothèse s'il était absolument nécessaire de faire pencher d'un côté ou de l'autre cette balance si bien en équilibre, ce serait encore du côté du louage de choses que je le ferais.

Parlons maintenant du cheptel de fer. Notre Code civil appelle de ce nom le cheptel donné au fermier (art. 1821). Cette définition est comme on le sait complètement inexacte. La vérité c'est que la loi n'autorise le cheptel de fer que lorsqu'il est l'accessoire d'un bail à ferme. Mais ce n'est pas une raison parce qu'en principe le cheptel de fer est prohibé sous l'empire de notre article de 1811 pour que nous ne l'étudions pas. Le seul caractère du cheptel de fer est, rappelons-le, le fait que les risques sont entièrement à la charge du preneur. Il est évident que cette considération ne rapproche ce contrat d'aucun de ceux que nous avons repoussés à propos du cheptel simple ou de l'article 1831, société et louage d'ouvrage. Elle le rapproche par contre du mutuum. Toutefois il y a une différence dont l'importance est très grande c'est que dans le cheptel de fer la propriété des animaux reste au bailleur, tandis que dans le mutuum elle passe à l'emprunteur. La solution que nous donnons ici est tout à fait conforme à notre législation, ainsi qu'en témoigne l'article 1883

relatif au commodat où la question se pose de la même façon et dans les mêmes termes.

Nous en avons fini avec les diverses sortes principales. Disons quelques mots de deux variétés secondaires.

La première est relative au cheptel du métayer ; c'est une simple variété du cheptel simple. Les quelques petites différences qu'il présente ne doivent pas nous arrêter.

Plus curieuse est la seconde ; le cheptel à moitié. Ici l'opinion est unanime ; même M. Guillaouard, partisan décidé de la théorie du louage de choses en matière de cheptel simple est d'avis comme tout le monde que c'est un contrat de société. Pour nous, tout cela est beaucoup moins évident et nous allons examiner l'hypothèse de l'article 1818. En Italie, au xvi^e siècle on en trouverait qui seraient bien plus embarrassantes, mais voilà plus de cent ans que personne n'en a parlé et il n'est peut-être pas nécessaire de nous mettre en peine à ce sujet. La théorie de la société pure et simple dans l'article 1818, trouve contre elle une partie des objections qui se dressaient en matière de cheptel simple ; et même ces objections s'il n'en reste que quelques-unes, se trouvent renforcées. Une fois le contrat formé et les animaux réunis, le cheptel à moitié ne présente plus aucun caractère de la société. Le cheptelier administre le bétail pour son compte et à forfait, et le seul

profit qu'il retire, ce sont les laitages et fumiers. Ce sont là des résultats inconciliables avec l'idée de société. Comme d'autre part, il est bien évident qu'il y a dans le cheptel à moitié des éléments suffisants de société, on doit en arriver à dire qu'il n'y a pas là un contrat, mais deux contrats : Un premier contrat par lequel le cheptelier réunit son bétail à celui du propriétaire et qui est un contrat de société ; un second contrat dans lequel le fonds de bétail étant définitivement formé est remis au cheptelier pour l'exploiter, et qui est un louage de choses. Le cheptelier joue en réalité deux rôles, le rôle de bailleur pour la moitié du capital et le rôle de cheptelier (« contrat improprement appelé cheptel », art. 1831) véritable pour tout ce qui concerne l'administration. Ceci peut paraître un peu obscur, mais il suffit pour le comprendre facilement de supposer qu'au lieu du preneur à cheptel à moitié en une personne, il y a deux personnes distinctes.

Formation. — Comment se forment maintenant ces contrats ? En principe, en droit français actuel les contrats sont consensuels ; pourtant quelques-uns sont réels. Prenons d'abord le cheptel simple. Est-ce un contrat réel ou consensuel ? Nous avons admis que c'était un louage de choses ; par suite, il semble que le louage étant un contrat consensuel, le cheptel doive être tenu également pour tel.

Avant de nous décider il convient de faire quel-

ques remarques. Au début du cheptel trois moments sont importants : celui de l'accord de volontés avec détermination du bétail ; celui de la livraison ; celui de l'estimation. Ce dernier n'a pas d'effet sur la formation du contrat ainsi qu'en témoigne l'article 1805. La règle est du reste indiscutable ; il en était déjà ainsi dans notre ancien droit. Pour les deux premiers la question est plus délicate. L'intérêt de la question n'est pas de savoir si la convention recevra son exécution. Qu'on adopte n'importe quelle théorie, il est certain que du moment que l'accord de volontés est intervenu, cela suffit à ce point de vue. Le bailleur sera forcé de livrer les animaux convenus aux conditions convenues, et le cheptelier de les prendre ; de même que quand il s'agit d'un mutuum, bien qu'il s'agisse là sans conteste d'un contrat réel. L'intérêt du problème, et je n'en vois pas d'autre, c'est celui de la question des risques. Si un animal meurt entre le moment de l'accord et celui de la délivrance le bailleur aura-t-il le droit de demander au cheptelier que celui-ci lui en paye la moitié de la valeur (soit immédiatement, soit plus tard et par n'importe quel procédé) ? Si on se place d'abord au point de vue de nos textes l'on doit observer que l'article 1800 s'exprime ainsi : « Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre... » ; que d'autre part, l'article 1875 nous dit : « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par

lequel l'une des parties livre une chose à l'autre.. » ; que l'article 1892 relatif au prêt de consommation se sert des mêmes termes. Or, ces deux derniers contrats sont réels, tout le monde l'admet ; tandis que dans la vente, le louage, la société qui sont des contrats voisins, mais consensuels, la formule employée est très différente. En ce qui concerne l'échange toutefois on lit, article 1702 : « L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre. » Cependant l'échange est parfait par le simple consentement ainsi que le dit expressément l'article 1703 ; or il semble y avoir analogie complète dans la rédaction de l'article 1703 et celle de l'article 1800. Il n'en est rien ; dans l'article 1703, le mot donner a son sens technique de transférer la propriété ; dans l'article 1800 il désigne la simple remise matérielle de la chose ; le premier de ces deux actes est un acte juridique ; le second est un acte matériel ; le premier peut s'opérer par le simple consentement ; le second ne saurait s'en contenter. L'examen des textes concrets actuels nous amène donc à l'idée que le cheptel est un contrat réel. Il en était déjà de même, semble-t-il, dans notre ancien droit chez Coquille et chez Pothier. En théorie pure et abstraction faite des textes cette décision est assez difficile à justifier avec la théorie de la société ; pour nous, au contraire, qui ne voyons dans l'obligation aux risques du cheptelier qu'un

reste de la responsabilité primitive du détenteur elle ne demande au contraire aucune explication.

Objet. — L'objet du contrat, c'est dit-on toujours un troupeau, un certain nombre d'animaux considérés *non ut singuli, sed ut universitas*. Qu'arrivera-t-il donc si les animaux ont été considérés séparément ? Ce ne sera plus un cheptel ; soit, mais que sera-ce ? A mon avis en pareil cas on doit appliquer les règles ordinaires du cheptel, sauf l'article 1810, § 1, relatif à la perte totale qui ne se comprendrait pas. Il n'est pas interdit par l'article 1811 ainsi qu'on l'a dit parfois à tort de repousser cette disposition au moyen d'une convention expresse. Dans le cas où les animaux ont été considérés séparément on ne saurait distinguer de perte totale et partielle et par suite comme il est impossible de déclarer une pareille convention illicite, il s'en suit que le cheptelier devra participer à la perte totale survenue sans sa faute. Quant à l'expression considérée *non ut singuli, sed ut universitas*, il paraît assez difficile de déterminer ce qu'elle signifie exactement. A mon avis du moment qu'un certain nombre d'animaux ont été donnés dans ces conditions on doit y voir un cheptel, et même je pense un seul cheptel quand même les animaux seraient d'espèce différente. La loi ne se sert pas du mot troupeau, mais de l'expression : fonds de bétail ; or cette dernière expression me paraît plus compréhensive que l'autre.

Varia. — Encore quelques mots à propos de l'article 1831. Le titre de la section V nous dit que c'est un contrat improprement appelé cheptel. Il est pourtant clair que s'il s'agit d'un certain nombre d'animaux formant un fonds de bétail il rentre parfaitement dans le cadre fixé par l'article 1800.

Nous avons toujours admis jusqu'à présent que le cheptel de fer était prohibé lorsqu'il n'est pas l'accessoire d'un bail à ferme. Toutefois, et bien que je ne me dissimule pas ce que mon opinion a de hardi je ne considère pas la théorie générale comme exacte dans tous les cas. La prohibition dont il s'agit est celle de l'article 1811 et, est par conséquent relative au cheptel simple. Or, le cheptel simple tel que le comprend le Code civil, article 1804 suppose essentiellement un partage des risques et un partage du croit. Par suite si au lieu de stipuler à son profit une partie du croit, le bailleur stipulait une quantité fixe d'argent ou de denrées, il n'y aurait pas de cheptel simple au sens de l'article 1804, et par suite dans une telle convention rien n'interdirait de mettre les risques entièrement à la charge du preneur. Dans notre ancien droit cette convention était prohibée ; la coutume de Berry l'interdisait expressément (1) ; mais la prohibition du cheptel de fer avait pour cause celle de la prohibition du prêt à intérêts. Que

1. Tit. 17, art. 12.

les auteurs du Code civil s'en soient rendu compte, évidemment non, nous sommes les premiers à le reconnaître ; qu'ils aient voulu abolir l'interdiction du cheptel de fer dans le cas que nous venons d'exposer, alors qu'ils la conservaient dans le cas de partage du croît, nous ne le pensons pas non plus. Mais il reste le fait que le texte ne prohibe absolument pas le cheptel de fer à loyer fixe et que le législateur ne s'étant même pas douté de l'existence de la question ainsi que le démontrent les travaux préparatoires (1), ne peut être considéré comme ayant voulu cette prohibition.

Un certain nombre de données qui ne se trouvent pas dans d'Argaignon méritent d'être relevées.

Je mentionnerai d'abord que dans les Landes le cheptel de brebis se fait sans estimation. En cas de manquants, chaque brebis est comptée pour 5 à 6 frans. (Cabannes. *Des cheptels et spécialement du cheptel confié au colon partiaire*, p. 5. Ouvrage fort intéressant du reste à consulter sur le cheptel en général, malgré son caractère modeste d'œuvre de vulgarisation ; la question des assurances dans le cheptel est assez longuement traitée, comblant là une véritable lacune.)

Pour certaines particularités du cheptel en An-

1. Il y a bien une observation du tribunal de Toulouse, relative à un cas un peu différent, mais voisin. Cette observation a passé complètement inaperçue.

dorre v. Brutails. Coutume d'Andorre. Chez Agnel, d'Hooghe, *Droit rural* ; on trouve indiqué, p. 248, un contrat dans lequel il faut sans doute voir un louage de services, mais où toutefois le pâtre tire son salaire des produits des animaux qui lui ont été confiés. Ce contrat offre une certaine ressemblance avec celui décrit dans Manou, traduction Strehly. Livre VIII, nos 231 à 236.

Je signalerai à mon tour que dans ma région (Laonnois) se conclut parfois le contrat suivant : Le propriétaire d'une ou plusieurs jeunes génisses les remet parfois à un cultivateur pour que celui-ci les élève. On note l'époque de leur premier vélage. Le cultivateur a ensuite le droit de les conserver un temps égal à celui qui s'est écoulé depuis le moment où il a reçu les animaux. Cela s'appelle : faire tant veau que vache. Les risques restent à la charge du propriétaire ; les veaux sont pour l'éleveur. Ce contrat devient plus rare aujourd'hui, mais il était très fréquent autrefois. Comme espèce concrète voisine je mentionnerai le contrat suivant dont je connais un exemple arrivé dans ces dernières années. Un boucher remit un jeune taureau d'environ 1 an à un vacher pour l'élever et le garder pendant 3 ans ; en outre le vacher devait payer une certaine somme fixe tout les ans (10 francs je crois). Au bout des 3 ans le boucher reçut son taureau qui avait plus que doublé de valeur ; mais le vacher refusa de rien payer

en plus en argent. Le boucher renonça à rien réclamer de ce chef.

Je signalerai enfin une étude de M. Farcy : *Le Cheptel en Corse* (1) qui renferme des détails très intéressants et curieux. Une première donnée est relative aux bœufs de travail. Ils procurent un revenu de 22 o/o ; mais ce n'est pas là un revenu absolument net. Les risques semblent rester à la charge du bailleur. Le renseignement le plus curieux est relatif au cheptel de brebis. Le propriétaire des brebis les remet à l'éleveur, tous les risques à la charge de celui-ci, qui doit toujours rendre une quantité de brebis égale à celle qui lui a été remise. Le cheptelier doit payer tous les ans 1 fr. 50 par brebis. Comme une brebis coûte dans la région en moyenne 10 francs, cela représente 15 o/o. J'observerai que ce taux de 15 o/o est très voisin de 1/6, taux normal du cheptel simple. De plus ce contrat est un cheptel de fer ; mais pour les raisons que j'ai données plus haut je ne le considère pas comme tombant sous le coup de l'article 1811.

De toute la théorie du cheptel un fait se dégage, dominant tout le reste. C'est le déplacement de la responsabilité, déplacement qui n'est pas une stipu-

1. C'est je crois le titre exact, j'avouerai toutefois n'avoir pas eu une connaissance directe de ce travail. J'en ai seulement vu une analyse assez détaillée dans un journal quotidien. (*Le Soleil*, 15 mars 1908.)

lation d'assurance, qui est simplement une aggravation de l'obligation de rendre inconstant au locataire par simplification et retour à l'état de choses primitif. Cette modification de la règle de responsabilité a une importance pratique fort grande.

En commençant par les objets les plus rapprochés du bétail, nous trouvons déjà dans le louage de tonneaux décrit par Valéry. (*Annales de droit commercial*, année 1895 p. 89) la règle que la perte d'un des tonneaux est pour le locataire sans distinction du point de savoir si le tonneau a péri par la faute ou sans la faute du locataire. De même dans les grandes villes les concessions de chaises dans les jardins publics exigent de la part du concessionnaire un capital important. On comprendrait très bien le contrat suivant. Un capitaliste fournissant les chaises en nature, portant sa marque moyennant une redevance annuelle fixe, avec la clause que chaque chaise brisée ou devenue hors d'usage sera remplacée par le locataire à ses frais qui devra faire apposer sur les nouvelles chaises la marque du bailleur. Cette convention comme on le voit présenterait les plus grandes analogies avec le cheptel de fer.

En ce qui concerne les immeubles un grand nombre de baux intervenus pour des maisons parisiennes entre le propriétaire et un locataire principal mettent à la charge de celui-ci la contribution foncière et autres impôts à la charge du propriétaire,

les assurances, frais pour le gaz et pour l'eau, etc., mêmes les grosses réparations de sorte que le bailleur doit pendant toute la durée du bail recevoir son loyer tout à fait net, sans avoir aucun débours à faire pour sa maison et à la fin du bail la recevoir en aussi bon état qu'il l'a donnée au début suivant l'état des lieux qui aura été dressé au début de l'entrée en jouissance. C'est encore une application de la théorie du cheptel de fer (1).

Les baux d'usines comprennent outre les locaux les machines, outils et un grand nombre d'objets et pièces mécaniques diverses. Les usages dans beaucoup de pays mettent d'eux mêmes un assez grand nombre de ces objets aux risques du locataire. Un point très curieux à remarquer c'est que la jurisprudence admet que ces baux peuvent comprendre des choses fongibles, des marchandises pourvu qu'elles soient en rapport direct avec l'exploitation de l'usine. (P. ex. Civ. r. 7 avril 1857. D. 57. 1. 171.)

Un point qu'il importe de remarquer c'est que lorsque les risques de la chose sont mis pour le tout à la charge du locataire le droit de propriété perd une grande partie de ses attributs. La propriété est comme nous le savons le droit d'user, de jouir et d'abuser. Pendant toute la durée du bail le propriétaire ne peut ni user, ni à plus forte raison abuser de sa chose ; quant

1. Une convention intéressante et utile serait celle qui mettrait une partie, mais une partie seulement des grosses réparations à la charge du locataire.

à la jouissance il n'y a pas à se faire d'illusion qu'il y a quelque chose de fictif à dire que le loyer est la jouissance de la chose. En temps ordinaire le propriétaire supporte les risques de sa chose, mais si ces risques eux-mêmes sont mis à la charge du locataire on se rapproche beaucoup du mutuum. Ainsi par exemple admettons que l'objet soit une maison. Supposons d'un côté un louage, tous risques à la charge du locataire ; d'un autre côté une créance hypothécaire. Pendant toute la durée du contrat la situation dans les deux cas est identiquement la même, ou tout au moins est extrêmement voisine. Evidemment quand le contrat se termine les choses changent ; le bailleur a droit à la remise de la chose, le créancier hypothécaire seulement à celle du montant de sa créance. Ceci nous amène donc à dire quelques mots sur la durée du contrat de bail. Comme on le sait l'article 1^{er} de la loi du 29 décembre 1790 rompant avec les règles de l'ancien droit a limité la durée du louage d'immeubles à quatre vingt dix-neuf ans ou trois générations. Ce délai est déjà assez long pour restreindre beaucoup l'importance de la différence entre les deux situations examinées ci-dessus. Du reste pour le mutuum aucune limite n'est imposée. En Angleterre la location perpétuelle existe toujours et est même assez répandue. A noter aussi qu'un certain nombre d'emprunts municipaux anglais et que presque tous ceux des compagnies de

chemins de fer sont irrédimables. En dehors de l'Angleterre je ne connais en Europe à l'heure actuelle que trois emprunts qui présentent ce caractère de véritable perpétuité ; ils ont été émis tous trois par le Gouvernement russe (6 o/o 1817-1818 ; 5 o/o 1820 ; 5 o/o 1822).

Mais c'est aux Etats-Unis qu'il faut aller chercher les contrats qui sans être perpétuels offrent les délais les plus longs. En ce qui concerne le mutuum le fait est trop connu pour que nous y insistions. Pour le louage les données nous touchent de plus près et sont d'autre part encore plus intéressantes en elles-mêmes. Je connaissais le cas du Third avenue Ry qui a loué son réseau au Metropolitan Street Ry pour neuf cent quatre-vingt-dix-neuf ans. Je dois à l'obligeance de la Banque Hollando-américaine les renseignements suivants : le Metropolitan street Ry est lui-même loué pour neuf cent quatre-vingt-dix-neuf ans à l'Interurban Street Ry (maintenant New-York City Street Ry), moyennant le service d'un dividende de 7 o/o sur le capital actions de Metropolitan Street Ry. La Cleveland and Pittsburgh est louée pour neuf cent quatre-vingt-dix-neuf ans au Pennsylvania Rrd. Le Pittsburgh Fort Wayne and Chicago est loué à perpétuité au Pennsylvania Rrd. L'Erie and Pittsburgh est également loué pour neuf cent quatre-vingt-dix-neuf ans à la Pennsylvania Co. Le Beech Creek Rrd. est loué pour

neuf cent quatre-vingt-dix-neuf ans au New-York Central. Le New-York and Harlem est loué au New-York Central pour quatre cent un ans à dater de 1873. (Beaucoup d'autres compagnies ont également des contrats de location avec de plus petites lignes, mais généralement pour des périodes de quatre-vingt-dix-neuf ans seulement.) Devant de tels délais et étant donné que la compagnie locataire garantit à la compagnie bailleresse un dividende fixe, prenant à sa charge tous les frais d'entretien de voies et de matériel, on se demande s'il reste une sérieuse différence entre le louage et un mutuum possédant une garantie spéciale sur la chose (mortgage au sens anglais). La notion théorique de propriété méditerait, semble-t-il, de nouvelles études.

PAYS NÈGRES

Les populations de race noire ne nous arrêteront pas longtemps ; si nous en parlons c'est que notre silence pourrait être pris pour une affectation de notre part, et qu'un esprit malveillant pourrait y voir une marque de dédain à l'égard des beaux travaux de Kohler parus pour la plupart dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*.

En ce qui touche le taux de l'intérêt on trouve les données les plus variées ; toutefois le plus souvent ou bien il n'y en a pas du tout ou bien il atteint des proportions que nous n'avons eu que bien rarement l'occasion de rencontrer. Assez fréquemment l'intérêt est de 100 o/o. Bowdich signale chez les Ashantis le taux de 34 1/2 o/o pour quarante jours. Wedell. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, tome XVIII, indique pour les Suaheli 50 o/o, pouvant s'élever jusqu'à 100 o/o. On peut comparer ces données avec celles du capitaine Lenfant. Les Bambaras, *Nouvelle Revue historique*, 1903, 95 ; et celles contenues dans l'excellent recueil de Clozel et Villamur. *Coutumes de la Côte d'Ivoire*.

Kohler (*Z. v. R.*, t. XV, p. 351). (*Das Recht der Hottentoten*) (d'après Olpp) signale le cheptel chez les Hottentots : convention de partage du croît du bétail. Le lait et l'autre partie du croît doivent revenir au cheptelier (il n'est rien dit des risques).

Post, *Afrikanische Jurisprudenz*, II, page 184, nous signale un certain nombre de conventions relatives au bétail livré à un cultivateur pour le travail des champs.

En ce qui concerne la théorie des risques règne la diversité et l'incertitude. Post, *op. cit.*, page 186, nous montre chez certaines peuplades, en matière de commodat la perte à la charge du prêteur, inversement chez d'autres. En matière de gage la règle est généralement le risque pour le créancier ; ainsi que Kohler l'a montré en divers endroits. Negerrecht. — Banturecht (*Z. v. R.*, t. XV). Aussi chez les Papous quoiqu'ici il ne s'agisse plus de nègres véritables, (*Z. v. R.*, t. XIV, p. 376). Toutefois Suaheli. Wedell (*Z. v. R.*, t. XVIII, p. 119) : « Der Gläubiger haftet nicht für den zufälligen Untergang der Pfandsache, er ist nur bei Verschulden zum Ersatze des Schadens verpflichtet. »

Sur la responsabilité, particulièrement en matière de commodat, voir aussi Clozel et Villamur, *op. cit.*

CONCLUSION

Si nous prenons les peuples au moment de la pleine floraison de la période pastorale nous observons les faits suivants. La vie qu'ils mènent, si étrange que la chose puisse paraître au premier abord, est une vie à peu près fixée, ce qui suppose essentiellement que les pays habités étaient assez tempérés, sans trop longues sécheresses l'été, sans trop longs froids pendant l'hiver. Sur ce point il est admis qu'à l'époque ancienne l'Asie centrale était infiniment plus douce comme climat qu'elle ne l'est maintenant.

L'animal dominant à cette époque, celui qui constitue la richesse des familles qui en possèdent beaucoup, c'est la vache. Nous avons vu quel rôle capital elle jouait en Perse et en Irlande. La ritualisation dont elle fut l'objet dans l'Inde et en Égypte en sont des témoignages non moins marquants.

Toutes les familles n'en possédaient pas la même quantité ; certains en avaient beaucoup, d'autres au contraire peu. Celles qui en possédaient relative-

ment trop furent tout naturellement amenés à en remettre une certaine quantité à celles qui n'en avaient pas suffisamment ; ce ne fut naturellement pas par esprit de bienfaisance. Bien que la vie pastorale eût considérablement adouci les mœurs, cependant l'époque du traité de paix était encore assez rapprochée pour qu'aucune idée de ce genre pût seulement venir effleurer leur esprit. Ce fut donc une simple remise de jouissance avec stipulation d'une rente proportionnelle au profit du bailleur.

Sur cette idée se greffe naturellement celle de marque. La pratique de marquer les animaux date de cette période ; c'est-à-dire qu'elle est considérablement antérieure à la connaissance de l'écriture. Les divers alphabets européens et en outre l'alphabet hébreu sont comme on sait d'origine égyptienne, proviennent des hiéroglyphes de l'empire des Pharaons. La connaissance de la marque du bétail au contraire est antérieure à la séparation des diverses branches aryennes.

La marque était le signe de la propriété, le bailleur n'a pas à craindre que le preneur puisse ensuite revendiquer les animaux comme siens. Ceux-ci resteront donc définitivement la propriété du bailleur.

De ce système il résulta bientôt que ceux qui avaient beaucoup d'animaux obtinrent assez de rentes pour vivre sans avoir besoin de s'occuper de bétail du tout par eux-mêmes ; ne s'adonnant plus

aux travaux que nécessitait la garde des troupeaux ils purent s'adonner presque exclusivement au métier des armes et y acquérir une habileté qui leur assurait une supériorité incontestable de plus ajoutée à celle que le contrat leur conférait par sa nature même. Dès lors deux classes tendent à se former celle des guerriers et celle des paysans (1). Le chef prend sur ses hommes une autorité de plus en plus grande : par contre il leur doit aide et protection quand ils en ont besoin. C'est la féodalité du bail d'animaux, la féodalité animale, pourrait-on dire. Nous la rencontrons dans tout son plein épanouissement et sans mélange en Irlande ; nous la trouvons déjà un peu mêlée à la féodalité foncière en Grèce au temps de Solon et croyons-nous aussi, en Gaules au temps de César. Nous avons montré qu'elle était extrêmement probable en Israël à l'époque ant biblique ; enfin l'étude de la linguistique comparée la rend également vraisemblable, pensons-nous, chez tous les Aryens.

Une des conséquences les plus curieuses de cette organisation féodale c'est l'absorption plus ou moins complète de la personnalité juridique du vassal par celle du chef ; souvent (je veux dire dans beaucoup de pays) le preneur a besoin pour entamer une action

1. Cela n'empêche pas que pendant longtemps les chepteliers devront le service d'host à leur maître.

judiciaire de l'assistance de son bailleur. C'est ce que nous voyons en Irlande (d'Arbois de Jubainville, *Dr. celtique*, II, p. 29. — id. *N. R. hist.*, 1897, 295); c'est ce que l'étude de l'ancien droit romain nous montre également (Cf. Bréal *N. R. hist.*, 1902, 147). Une autre conséquence de cette féodalité, un caractère plutôt, c'est le respect que le tenancier est tenu de témoigner à son propriétaire, et cela ordinairement dans des formes déterminées par l'usage d'une manière de plus en plus stricte et formaliste. Les droits les plus nets pour nous en témoigner sont ceux de l'Irlande et du Cambodge.

Au point de vue de sa formation, le contrat paraît n'exiger que la simple remise du bétail; il semble, en effet, que ce n'est qu'à une date postérieure à la bonne époque du bail d'animaux qu'on voit apparaître les formalités diverses que nous montrent, par exemple, l'ancien droit romain et les anciens droits germaniques. Cette question, cependant, nous l'avons laissée complètement de côté dans le cours de notre travail et nous n'insisterons pas.

Passons à ce qu'on peut appeler les effets privés du contrat. Tandis que ce que le bail d'animaux peut avoir d'importance au point de vue du droit public a été bien mis en relief par d'Arbois de Jubainville, c'est un autre auteur, Kovalevsky, dans son livre sur le Droit ossétien qui s'est occupé de ses effets au point de vue civil. Les deux études sont toutes deux magis-

trales, et si nous n'adoptons pas toujours en définitive la manière de voir de l'un ou l'autre de ces auteurs, cela ne nous empêche pas d'avoir pour eux l'admiration la plus profonde et la plus sincère.

Un premier point c'est que le bailleur reste propriétaire ; c'est-à-dire : 1° que les animaux restent marqués à son nom ; 2° que le preneur n'en peut faire ce qu'il veut, mais seulement les exploiter d'une manière normale, sans droit de les tuer, ni blesser, ni à une époque un peu postérieure de les aliéner ; car comme nous allons le voir un peu plus loin à la bonne époque du bail d'animaux les contrats d'aliénation devaient être exceptionnels, 3° qu'il n'a pas à craindre le concours d'autres bailleurs qui viendraient prétendre à un titre quelconque exercer des droits sur ces animaux. Même semble-t-il au moins dans certaines conditions le bailleur pouvait empêcher son tenancier de prendre des animaux d'un autre propriétaire. On trouve cette dernière disposition édictée expressément en Irlande ; d'autre part à Rome on ne voit jamais un client avoir plusieurs patrons ; enfin l'idée d'un chef unique s'harmonise bien avec celle d'autorité.

En ce qui concerne la responsabilité qui est la question que nous avons le plus approfondie dans le courant de ce travail, nous savons que pour ainsi dire partout le système primitif c'est la responsabilité complète du preneur. Un animal vient-il à mou-

rir pour quelque cause que ce soit, le tenancier doit fournir un animal semblable et lui imprimer la marque du bailleur. Sur ce point on pourra en se reportant à Kovalewsky (p. 132) constater que notre opinion et la sienne sont fort différentes.

Vient maintenant la question de l'intérêt. C'est Kovalewsky qui a découvert quelle en était la base, et c'est là à mon avis une des plus belles découvertes qui aient été faites dans le domaine de l'histoire du droit comparé. Il a montré en effet (p. 139) que l'étalon primitif de l'intérêt était le part de la vache. Aux arguments qu'il donne, et qui, je le reconnais, ne sont pas tous également bons, mais dont un tout au moins est à confirmer comme étant tout à fait certain : l'attribution en droit hindou, du part des animaux à titre d'intérêt (1), nous pouvons ajouter celui qu'il donnera lui-même quelques années plus tard pour les Khewsoures, Touchines et Svanètes, celui purement linguistique tiré du mot grec *τοκος* et surtout l'adage vieil irlandais : la cach boina boinim ; on peut à mon avis ajouter également le contrat de Yima que nous avons trouvé dans l'Avesta.

1. A Vishnu. VI, 15. cité par Kovalewky, on peut ajouter Narada (*Sacred books*, t. 33) I. 6^e Sûtra. Of debts, 107. — Et Yajnavalkya, II. 39 (L'édition anglaise de Yajnavalkya, très incomplète pour le 1^{er} livre, contient en entier le livre II, comme l'édition allemande de Stenzler).

Ici quelques données zootechniques sur la croissance de la vache ne seront peut-être pas déplacées. Nous nous occuperons surtout de l'accroissement en poids ; car c'est lui surtout qui constitue le véritable étalon de valeur.

Une première notion approchée est que l'animal se développe bien pendant trois ans. A partir de cette époque la croissance continue encore un peu jusque vers trois ans et demi, ensuite elle devient très faible et à peu près insignifiante. Cette donnée ne devant pas nous suffire, nous allons chercher à la préciser.

Un premier point qui est évident c'est qu'il y a des différences suivant les races, suivant les conditions de nourriture, etc. Chez les races anciennes qui nous intéressent particulièrement le développement devait être plutôt moins précoce. D'abord la précocité étant un avantage il est vraisemblable que l'homme a fait ce qu'il a pu pour l'augmenter. Cette observation se trouve appuyée par les faits suivants ; les bœufs sauvages d'Ecosse étaient très tardifs (Brehm. trad. Gerbe. *Vie des Animaux. Mammifères*. II, page 668), de même les bœufs de Hongrie qui mènent une vie à demi sauvage (Privat-Deschanel et Focillon. *Dictionnaire des sciences*, mot : Races). D'autre part Sanson a montré qu'une forte alimentation avec au début un allaitement copieux et prolongé augmentait rapidement et fortement la précocité. (Sanson. *Zootechnie, Développement hâtif* t. 2.) A cette considération

vient s'en ajouter une autre très importante. C'est qu'autrefois le sevrage avait lieu beaucoup plus tôt que maintenant. Aujourd'hui, notamment sur les conseils de Sanson, on ne sèvre les veaux qu'à l'apparition de la première molaire de remplacement, c'est-à-dire vers l'âge de sept mois. Autrefois le sevrage avait lieu de très bonne heure. Le Talmud nous indique six semaines (le passage a été cité même dans le chapitre : Les Hébreux) ; Pothier à propos du « contrat improprement appelé cheptel » indique seulement quatre semaines. Boussingault. (*Economie rurale*, II, p. 458) nous dit qu'on laisse ordinairement téter cinq à six semaines les veaux que l'on veut élever avec soin ; mais qu'il arrive quelquefois que trois semaines après leur naissance on donne déjà d'autres aliments pour remplacer une partie du lait : farine ou tourteaux délayés. Il cite l'exemple d'un éleveur qui donnait aux veaux autant de lait qu'ils pouvaient en consommer pendant les premiers huit jours. Ensuite il leur donnait moitié lait, moitié lait écrémé et les sevrail à sept semaines. Un peu plus loin Boussingault ajoute : « En moyenne on peut admettre que pendant les quarante-deux jours d'allaitement un veau absorbe environ 300 litres de lait. » De cette phrase nous ne retiendrons ici que le délai (1).

1. Comparer Petit, *Nutrition et Production des Animaux*, p. 161 (quatre à six semaines, indiquées comme pratiquées en général avec sevrage assez brusque) ; — Muller. *Zeits-*

Dans Saint-Yves Ménard. *La Croissance chez l'Homme et les Animaux*, nous lisons (p. 37) que l'allaitement dure trois mois. Dans Cornevin, *Etudes zootechniques sur la croissance*, qui date de 1892, nous trouvons le délai de sept mois considéré comme normal. Enfin certains ont même préconisé des allaitements d'un an. Comme l'accroissement est beaucoup plus rapide pendant la durée de l'allaitement, et qu'ensuite l'avance acquise ne se perd pas, au contraire il s'ensuit que les résultats s'en trouveront sensiblement modifiés, ce dont il faudra tenir compte pour établir définitivement notre opinion.

Nous trouvons dans Privat-Deschanel et Focillon, *Dictionnaire*, mot Régime, une première série de données provenant de Boussingault, de Torcy et l'école de Grignon.

Le veau nouveau-né pesant en moyenne 40 kilogrammes.

Accroissement journalier pendant la première semaine	1.130	gr.
Accroissement journalier de un jour à un an	650 à 790	
Accroissement journalier de un à deux ans	660 à 737	
Accroissement journalier de deux à		

chrift des landwirth. Vereins in Bayern (1873), ne donne non plus du lait que pendant six semaines

trois ans.....	656
Accroissement journalier de trois ans à trois ans et quatre mois ...	628

L'animal grandit jusque vers trois ans et demi, avons-nous dit. En réalité si on se livre à des observations précises on constate que l'âge adulte arrive à cinq ans et chez le bœuf précoce à trois ans (Sanson — rapporté dans Saint-Yves Ménard, *op. cit.*, p. 46).

Nous rencontrons une deuxième série de données dans Saint-Yves Ménard, page 38. L'observation est de de Béhague.

	Accroissement moyen par jour en kilog.	
	Mâles	Femelles
	—	—
1 ^{re} année	0.736	0.664
2 ^e année.....	0.690	0.643
3 ^e année	0.634	0.485
4 ^e année.....	0.632	0.359

Une troisième série se trouve dans Cornevin. (*Etudes zootechniques sur la Croissance.*) Espèce bovine, p. 3. — Nous ne reproduisons pas le tableau entier qui indique les accroissements par mois ; nous nous contenterons de marquer l'accroissement total aux âges considérés à partir de la naissance. (Le poids à la naissance est à ajouter.)

3 mois	84.3
7 mois	210.3
12 mois.....	313.7
18 mois	386.9
24 mois	463.9
34 mois.....	618.7

L'observation est arrêtée à trente-quatre mois. — L'allaitement a duré sept mois. — Pendant les trois derniers mois il y a un accroissement mensuel de 15.

Chez l'homme, Arthaud (*Courbe de Naissance et Variations du Poids*), a montré que d'après les tableaux de Quételet, la courbe de poids peut être considérée comme une droite avec une formule du type $P = at$ (P poids, t âge, a un coefficient individuel) sans que l'erreur dépasse jamais 4 k. 5.

Un certain nombre d'observations de Boussingault (Boussingault, *Economie du Bétail*, II, p. 475) tendraient à faire croire que la règle est aussi à peu près exacte dans l'espèce bovine, au moins pour les premières années,

D'après l'ensemble de ces données, ainsi que de renseignements que je me suis procurés auprès d'éleveurs de ma région, voici ce que je considère comme le schéma du développement d'une génisse de race non précocce, sevrée de bonne heure. Les indications sont données en o/o de la mère, et indiquent le poids atteint à l'âge marqué.

Naissance.....	9
6 semaines.....	17
3 mois.....	20
6 mois.....	27
1 an.....	39
2 ans.....	62
3 ans.....	88
4 ans.....	98
5 ans.....	100

Avant d'essayer de justifier les principaux de ces chiffres nous présenterons encore deux données qui ont l'avantage d'être anciennes. L'une d'elles est tirée des *Leges Wallicæ* aux *Ancient laws of Wales*.

Le texte pose d'abord en fait que la vache met bas de la mi-mars au commencement d'avril, et indique ensuite des valeurs pour les différents âges.

Naissance : Mi-mars ou commencement d'avril	
au 1 ^{er} novembre.....	6
1 ^{er} novembre au 1 ^{er} février.....	8
1 an : 1 ^{er} février au 1 ^{er} mai.....	10
: mai à août.....	12
: août à novembre.....	14
: novembre à février.....	15
2 ans : février à mai.....	18
3 ans : février à mai.....	30
4 ans : mai.....	60

La seconde se trouve au *Zend Avesta*. On promet comme récompense au bon laboureur la vache de trois

ans (trd. Darmesteter. *Ann. Mus. Guimet*, t. II, (Vendidad, p. 168).

Si nous reprenons tous ces chiffres nous voyons que dans aucun cas le jeune animal d'un an n'a atteint la moitié de son développement. En effet, même avec les données de Cornevin, nous n'arrivons pas à cette proportion. Il faut en effet remarquer d'abord que les données s'arrêtent à 34 mois ; pour les deux derniers mois de l'année il y a un accroissement qu'on ne saurait estimer à moins de 15 ; en effet ce chiffre est celui des 3 mois précédents ; d'autre part dans la première année et la seconde l'accroissement a été très bon dans les deux derniers mois ; nous obtenons ainsi 650. Par contre, au chiffre de 313.7, mettons en chiffres ronds 315, il faut ajouter le poids à la naissance, mettons 40 ; cela fait 355. Ces 40 il faut naturellement les ajouter aussi à 650, soit 690. Maintenant on peut bien poser en fait qu'après ses 36 mois l'animal augmentera bien au moins de 40, ce qui fera 730. Or le double de 355 n'est que de 710. Cependant l'allaitement a duré 7 mois.

En étudiant les autres données et en les interprétant convenablement on arriverait à la conclusion qu'une génisse à 1 an pèse plus du tiers et moins de la moitié, et dans les conditions que nous avons indiquées (alimentation plutôt maigre dans les débuts) le poids est plus rapproché du tiers. En outre, si,

repoussant purement et simplement le chiffre de 60 dans les lois gallolses ainsi que nous avons dit qu'il y avait lieu de le faire au chapitre relatif à ce pays, nous considérons celui de 30 comme représentant la valeur de la vache, la valeur à 1 an : 10 est exactement le tiers. D'ailleurs si on admettait le chiffre de 60 on n'aurait même pas le tiers, ce ne serait que le sixième.

Un autre fait auquel Kovalevsky a attaché une grande importance, exagérée selon moi, est la date de la première parturition. Actuellement la bête doit faire son premier veau de vingt-quatre à vingt-sept mois ; c'est-à-dire au début de sa deuxième année. Mais il faut remarquer que les animaux étaient autrefois moins précoces qu'aujourd'hui, sous ce rapport aussi bien que sous les autres. D'ailleurs même aujourd'hui le premier veau d'une vache est généralement plus petit et la quantité de lait donnée par la mère est nettement inférieure à ce qu'elle sera ensuite O'Donovan (O'Reilly) dans *An irish english Dictionary* explique d'après d'anciens textes irlandais : samaisc : « a heifer in her third year ». A mon avis à l'époque ancienne un assez grand nombre de génisses ne devaient vêler pour la première fois qu'à trois ans ; et pour celles qui vêlaient à deux ans, la plupart devaient avoir un veau petit et peu de lait. Quant à l'influence de la date de la première parturition sur la croissance de la vache tous les travaux récents (v. par

exemple Saint-Yves Ménard, *op. cit.*, p. 69), concordent pour montrer qu'elle peut être considérée à peu près comme nulle. Enfin il ne faut pas oublier que l'Avesta fixe d'une manière extrêmement nette l'âge de la bonne vache à trois ans.

A trois ans sans doute l'animal n'aura pas terminé son développement, nous avons admis qu'il devrait gagner encore environ $\frac{1}{9}$ de son poids ; mais il est déjà en bon rapport et la différence de poids peut être considérée comme se compensant avec la différence d'âge, d'autant que le poids viendra tout seul sans qu'on s'en préoccupe. La vache donne bien du lait ; c'est pour le moment tout ce qu'on lui demande.

Comme on le voit si on considère la croissance de la vache on obtient à peu près le doublement en trois ans et malgré que la croissance soit plus rapide la première année que n'importe quelle autre, cette différence n'a pas pour résultat d'empêcher que le rapport simple le plus voisin ne soit du tiers par an surtout si on tient compte de ce fait que la vache ne vèlera pas tout de suite aussitôt le contrat. Par conséquent dès qu'on va apprécier le rapport du produit au capital on devra l'évaluer à un tiers. En effet, et c'est encore à Kovalevsky (p. 139) que revient le mérite d'avoir jusqu'ici le plus clairement établi ce point, le taux primitif de l'intérêt doit être un rapport simple entre le capital et la rente. Seulement

tandis qu'il admet que ce rapport doit être de moitié en se basant sur des données zootechniques insuffisamment exactes, nous disons pour nous qu'il est du tiers.

Ce taux de 33 o/o, nous l'avons trouvé d'abord en Irlande, ensuite chez les populations du Caucase ; on le trouve également en Egypte ainsi que M. Révillout l'a magistralement montré (*Revue égyptologique*, 1882, p. 134 et 142 et *id.* 1883, p. 64 ; Révillout pense, sans argument que c'est Bocchoris qui a fixé ce taux de 33 o/o ; nous n'avons aucune raison d'adopter sa manière de voir) ; nous avons démontré qu'il avait existé à l'origine en Galles et en Chaldée ; nous l'avons trouvé posé en principe au Cambodge ; nous le rencontrons également en Chine où l'intérêt est limité à 3 o/o par mois, 36 o/o par an. Code chinois, VI, 149, p. 158 de la traduction anglaise de Staunton ; nous avons indiqué à titre hypothétique qu'il devait être le taux de certaines régions en Gaule ; enfin, quoique nous n'ayons de propos délibéré pas voulu exposer les données que nous avons recueillies sur l'histoire de l'ancienne Russie, il n'en est pas moins vrai que si la version de la Rousskaia Pravda donnée par Ewers est bonne, elle contient formellement (masquée par un petit contresens de traduction) la règle du taux du tiers.

Une autre règle très curieuse et qu'il convient maintenant de noter, c'est l'arrêt au double du cours

des intérêts. Il ne s'agit pas bien entendu ici, nous le répétons encore, des intérêts qui ont été payés ; il semble y avoir de ce chef une regrettable confusion chez Kovalevsky, p. 142-5°. Il s'agit des intérêts dus et non encore payés. Ces intérêts, disons-nous, s'arrêtent quand ils ont atteint le capital. Nous trouvons la règle indiquée expressément à Rome, au Cambodge, en Chine (Code chinois VI, 149) (1), elle peut être démontrée pour l'Inde. On la trouve également en Egypte ; ici, Diodore de Sicile la considère comme une réforme de Bocchoris ; mais il est possible que Bocchoris n'ait fait que reproduire un état de choses qui existait déjà avant lui. Enfin nous en avons trouvé un vestige en Irlande au début du cain saer-raith ; nous avons indiqué aussi à titre hypothétique que la règle devait aussi exister en Gaule.

En ce qui concerne maintenant le délai du contrat, toutes les données concordent pour nous montrer qu'il y avait ici deux règles différentes entre lesquelles on avait le choix. La première c'était le délai d'un an. C'était tout naturel, la vache procréant un petit par an d'une façon à peu près régulière. Quant aux pays qui nous fournissent des témoignages ici, ce sont tous les pays sans exception ; même dans les cas moins nets où comme à Athènes et dans l'Inde le

1. Cf. Code annamite, trad. Philastre (VIII, VI, 134), t. I, p. 601.

taux d'intérêt est fixé en fonction du mois, il ne faut voir là qu'une simple déviation de la règle ancienne, les mois étant des fractions aliquotes de l'année.

D'autres fois on fixait le délai à un temps plus long. Le premier délai apparu, le seul même au temps de la bonne époque du bail d'animaux c'est le délai de trois ans. Ce délai, nous le trouvons, très probablement en Gaule, presque sûrement au Cambodge, nous le trouvons aussi en Egypte (notamment papyrus de Turin. XIII), nous le trouvons indiqué au début du Cain tsavrraith. Pourquoi ce délai de trois ans ? C'est qu'en effet la vache met environ trois ans à atteindre l'âge adulte. Avec le premier système du bail annuel, le bailleur recevait au bout de l'année un jeune animal ayant moins d'un an, et ne pouvait rien recevoir autre chose. Pour élever ce jeune animal, s'il le voulait le chef devait s'en occuper lui-même. Aussi de bonne heure doit-on chercher des combinaisons pour arriver à d'autres résultats. Une première était de remettre au preneur un animal improductif, par exemple âgé d'un an, avec abandon du jeune à provenir de la vache. Dans un cas comme dans l'autre le preneur avait deux bêtes à nourrir pour son bailleur une production qui lui fournissait du lait et l'autre improductive ; que cette dernière eut de zéro à un an ou de un à deux ans cela n'avait qu'une importance secondaire. Mais la même convention pouvait, quoiqu'ici il semble difficile de trou-

ver des exemples concrets, à la différence du cas précédent que nous voyons expressément prévu dans la Mischna, avoir lieu pour une génisse de deux ans, à mener jusqu'à trois ans. Mais comme le plus souvent en définition c'était un animal adulte que le bailleur voulait, il suffisait de faire abandon au premier de trois années de rente et au bout de ces trois années il avait droit à la restitution d'une vache en accroissement de chacune de celles qu'il avait donnée dans ces conditions.

Dès lors la règle de l'arrêt au double, des intérêts qui avait pu nous paraître une curiosité bizarre s'explique très simplement. Au bout des trois ans dans le bail à terme fixe, comme dit le *Senchus Mór*, tome II, p. 210, le capital se trouve doublé ; comme le contrat est arrêté il est naturel que le cours des intérêts s'arrête également.

De là, par suite, la conséquence que le bail primitif ne produisait pas d'intérêts composés. En effet, nous ne trouvons pas d'anatocisme en Irlande ; nous n'en trouvons pas à Rome, ni au Cambodge, ni en Egypte. Pour l'Egypte, Diodore de Sicile semble attribuer ce point à une réforme de Bocchoris ; mais il y a peut-être lieu de faire la même observation qu'à propos du taux de l'intérêt. Mentionnons qu'ici notre opinion est diamétralement opposée de celle de Kovalevsky.

Notre sujet se trouve terminé ici ; mais nous vou-

drions faire encore quelques remarques. C'est d'abord qu'à l'époque où nous décrivons le bail d'animaux type, ce contrat s'il est extrêmement fréquent, s'il est même la base de la société toute entière est pratiquement presque le seul à exister. Le traité de paix est devenu bien plus rare à mesure du développement de la civilisation ; de même le traité d'alliance quoique devenant plus fréquent ne saurait sous ce rapport être comparé au bail d'animaux. Quant à l'échange, il doit être rare de ce fait que dans chaque famille la richesse se compose des mêmes éléments et tout notamment de la quantité de vaches. Plus tard quand d'autres éléments de richesses viendront peu à peu s'ajouter à cet élément primitif l'échange prendra une importance de plus en plus grande ; il deviendra la vente le jour de la création de la monnaie métallique, même à l'état de lingot brut comme dans la Rome ancienne. Alors le bail d'animaux s'appliquant à d'autres objets, à des choses consommables, deviendra le *mutuum* ; lui-même se déformant peu à peu donnera naissance au louage et au *commodat* ; se combinant avec l'échange, il produira l'antichrèse, peu à peu il donnera ainsi naissance aux divers contrats dont nous avons donné la liste dans notre premier chapitre.

Une autre remarque que nous voulons présenter encore avant de finir c'est que si nous avons trouvé l'identité des caractères du bail d'animaux chez un

très grand nombre de peuples ; nous n'en concluons pas qu'il ait existé chez tous les peuples. Pour nous, ainsi que nous le disions au début de ce chapitre, le bail d'animaux avec les caractères est lié à un genre de civilisation et de vie très particulier, dont il n'existe aucun exemple complet, semble-t-il, à l'heure actuelle, bien que certaines peuplades de l'Est africain s'en rapprochent un peu. Notamment il n'y a lieu de chercher le bail d'animaux ni chez les peuples menant ou ayant mené une vie qui ne serait pas la vie pastorale, ou qui auraient été véritablement nomades, menant une existence errante. Mais on peut, croyons-nous, faire rentrer dans les peuples l'ayant pratiqué tous les Aryens (et par suite les Aryas), les Hébreux, les Chaldéens, les Egyptiens, les Chinois et probablement les Khmers.

Une observation à propos de l'antichrèse. De lui-même ce contrat pousse à mettre la chose aux risques du créancier. En effet le principe primitif de l'antichrèse c'est l'équivalence : équivalence en capital et équivalence en jouissance. Du reste, plus tard, quand l'équivalence tendra à ne plus exister, c'est la chose remise en antichrèse qui vaudra plus que la somme d'argent ; mais supposons l'équivalence. Si le créancier ne supportait pas les risques il se produirait ce fait que l'emprunteur aurait les risques de la somme reçue et de plus les risques de la chose, tandis que le créancier n'en aurait pas ; l'équivalence

serait donc fortement rompue. En ce qui concerne le taux de l'intérêt il a naturellement été en décroissant. Un taux très remarquable est celui de $16 \frac{2}{3}$ o/o que nous avons relevé chez les Hébreux, en Grèce et en Gaule (pour l'Allemagne du sud où il est sans doute apparu de bonne heure il était peut-être tout-fois d'origine gauloise). (Aux données relatives à ce taux à Athènes ajoutons celle-ci. Dans Démosthène. Aphobos I, trd. Dareste, p. 10, on lit : comme il n'a pas épousé ma mère, la loi veut qu'il soit débiteur de la dot avec intérêts au taux de neuf oboles. — Comme le dit M. Dareste, en note, p. 29 (15), cela fait 18 o/o par an. Or ce taux est le plus voisin au-dessus de 16, 66. Sans doute celui de 8 oboles = $61 \frac{1}{3}$ o/o aurait été plus rapproché, mais placé entre l'alternative de diminuer un peu ou d'augmenter un peu, le législateur athénien a pu choisir ce dernier parti.) Ce taux de $16 \frac{2}{3}$ a-t-il été atteint par étapes successives, a-t-il au contraire été fixé brusquement et brutalement ? Je n'en sais rien ; mais la seconde alternative me paraîtrait plus probable. Comme on le sait, depuis ces époques lointaines, le taux de l'intérêt a successivement diminué pour atteindre deux minima, le premier en Hollande dans la seconde moitié du xviii^e siècle et le second plus général en 1898.

Vu : le président de la thèse

WEISS

Vu : le Doyen,
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Pour le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L'inspecteur d'Académie

BONNARIC

TABLE DES MATIÈRES

I. — Le bail en général.....	5
II. — Le traité de paix.....	13
III. — Rome.....	28
IV. — La Grèce.....	58
V. — La Chaldée.....	88
VI. — Les Hébreux	107
VII. — Le Cambodge.....	168
VIII. — La Perse.....	220
IX. — Les populations du Caucase.....	233
X. — Les pays scandinaves.....	240
XI. — L'Allemagne.....	245
XII. — L'Irlande.....	262
XIII. — Le pays de Galles.....	307
XIV. — Les Gaulois.....	333
XV. — La France et l'Italie au moyen âge.....	353
XVI. — La France actuelle.....	390
XVII. — Pays nègres.....	424
XVIII. — Conclusion	426

